

PARTE III

CAPITOLO I

L'appalto di opere pubbliche

di Arturo Cancrini

1. **Stipulazione e contratto d'appalto.** 1.1. *L'art. 11 del Codice: profili e questioni.* 1.2. *Lo schema del Decreto di attuazione della Direttiva n. 2007/66/CE (cd. Direttiva ricorsi). Novità e modifiche.* 1.3 *La forma dei contratti pubblici.* 1.4. *Obblighi dell'amministrazione.* 2. *La consegna dei lavori e la consegna in via d'urgenza.* 2.1 *Le conseguenze negative prodotte dalla sottoscrizione del verbale di cantierabilità in relazione ad un'eventuale richiesta di varianti al progetto.* 3. *L'attività di controllo e di cooperazione che può essere svolta dal direttore dei lavori nella fase di esecuzione di un appalto.* 4. *L'istituto della revisione dei prezzi.* 4.1. *L'adeguamento dei prezzi di cui all'art. 1 della L. 22.12.2008 n. 201.* 4.2. *I maggiori costi per causa imputabile alla Committente: analisi dei profili giuridici e applicativi.* 5. *Ultimazione dei lavori e penali.* 6. *Cauzione provvisoria e definitiva: quadro normativo.* 6.1. *Integrazione della polizza fidejussoria a seguito di variante.* 7. *Pagamenti e interessi.* 8. *La sospensione dei lavori.* 8.1. *Il rifiuto di un appaltatore di riprendere i lavori, a seguito di una sospensione dei lavori, ove i fondi stanziati per l'appalto risultino perenti.* 9. *Risoluzione.*

1. Stipulazione e contratto d'appalto.

1.1. *L'art. 11 del Codice: profili e questioni.*

L'art. 11 del Codice è il prodotto di sintesi fra diverse disposizioni già contenute nel r.d. n. 2440/1923 e dall'art. 109 del d.p.r. n. 554/99¹. Quest'ultimo, in particolare, in maniera più dettagliata e più attuale era la norma che apriva con il Titolo VIII la disciplina dell'esecuzione del contratto d'appalto, regolando la stipulazione e l'approvazione. A tal proposito, venivano fissati termini precisi: entro 60 giorni dall'aggiudicazione doveva avvenire la stipulazione (entro 30 giorni dalla comunicazione di affidamento per la trattativa privata e il cottimo fiduciario di cui all'art. 142) e entro 60 giorni dalla stipulazione del contratto doveva seguire l'approvazione per gli appalti di competenza delle amministrazioni statali.²

Attualmente, il Codice regola con l'art. 11 le fasi delle procedure di affidamento e con l'art. 12 la procedura di controllo unificata per lavori, servizi e forniture, relativamente all'approvazione e alla stipulazione dei contratti.

¹ Su quanto qui scritto, vedi: A. Cancrini, P. Piselli, V. Capuzza, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici*, IGOP, 5^a edizione, Roma 2008, sub art. 11; A. Cancrini, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, cap. VIII, in *I Contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di C. Franchini, Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, UTET, I, 2007, pp. 419-579; A. Cancrini e V. Capuzza, *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, Aracne editrice, Roma, 2009.

² Sulla stipulazione del contratto cfr. Carpentieri, (Consigliere TAR Campania), *Aggiudicazione e contratto*, 2003.

In particolare:

a) Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente.

b) La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva.

c) L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9.

d) L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

e) Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Per gli appalti di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie.

f) Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79 (comunicazioni *ex officio*), salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine.

g) Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

L'art. 11 al comma 5 ripropone la competenza del dirigente ovvero, su sua delega, del responsabile del procedimento, per il provvedimento in via definitiva di aggiudicazione.

Il comma 6 fissa, nell'eventuale assenza di precisi termini nella *lex specialis* di gara, il tempo di vincolo dell'offerta presentata dal concorrente in 180 giorni, pur rimanendo in facoltà della pubblica amministrazione di chiedere il differimento.

Infine, come ultimo richiamo occorre evidenziare il contenuto del comma 11, che pone il contratto sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'approvazione e dei controlli all'uopo previsti: tale condizione.

Nell'articolo 12 prosegue la ampliata disciplina prima contenuta soprattutto nei quattro commi dell'art. 109 del d.p.r. n. 554/99. In evidenza, per la regolamentazione a livello procedimentale, sono l'aggiudicazione (c. 1), la stipulazione (c. 2) e l'approvazione (c. 3).

Come è noto, il provvedimento di aggiudicazione³, oltre al suo valore di atto amministrativo, contiene anche la dichiarazione negoziale della pubblica amministrazione alla quale generalmente si ricollega come effetto quello della formazione del consenso e di determinazione del vincolo giuridico dell'appalto⁴. Tale conseguenza di diritto è prevista dall'art. 16, comma 4, del r.d. n. 2440/1923, il quale sancisce che i processi verbali di aggiudicazione definitiva equivalgono ad ogni effetto legale al contratto.

Nell'ambito dei lavori pubblici, il d.p.r. n. 554/99, all'art. 109, comma 1, è stato sostituito dall'art. 11 e dall'art. 12 del Codice⁵.

Ove l'aggiudicatario entro il termine stabilito non si presti, anche se invitato, a stipulare il contratto ovvero non depositi, nel termine prescritto, la cauzione definitiva, il contratto formatosi con l'aggiudicazione si risolve, senza la necessità di intimare un formale atto di diffida e senza il diritto di risarcimento dei danni, salvo l'incameramento della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante.

1.2. Lo schema del Decreto di attuazione della Direttiva n. 2007/66/CE (cd. Direttiva ricorsi). Novità e modifiche.

³ Vedi Santoro, *Il ritorno all'aggiudicazione provvisoria (atto secondo). Brevi considerazioni*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2006, p. 841.

⁴ Secondo autorevole dottrina, il contratto già risulta dalla intervenuta aggiudicazione e la stipulazione formale successiva è invero la manifestazione del fenomeno giuridico sorto del diritto privato e noto come ripetizione del negozio giuridico, cioè una dichiarazione di volontà emessa dagli stessi soggetti. Cfr. Cianflone ó Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XI, p. 605. Vedi poi sul tema: Corte di cassazione, sez. un., sentenza 29 luglio 1941, n. 2402; Cass. 16 gennaio 1987, n. 292; Cass. 18 marzo 1982, n. 1764; Cass. 29 ottobre 1981, n. 5702; Cass. 15 ottobre 1981, n. 5404; Cass. 8 giugno 1981, n. 3682.

⁵ Per la precedente procedura e sui controlli vedi *ex multis* Santoro, *Stipulazione e perfezionamento dei contratti pubblici dopo le riforme amministrative e contabili*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1998, p. 310; Gabrieli, *Aspetti privati e aspetti pubblicistici nei contratti con la P.A.*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1942, I, 25; Giampaolino, *I rimedi amministrativi nel settore dei lavori pubblici dopo gli ultimi interventi legislativi*, in *Riv. Corte Conti*, 1996, p. 344; Vitta, *Diritto amministrativo*, II, p. 327.

Le novità operate all'art. 11 sono quelle previste dalla Legge delega n. 88/2009 e dallo schema del Decreto legislativo che attua la direttiva n. 66/2007/CE (entrata in vigore il 20 dicembre 2009).⁶

La direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi) ha modificato le direttive 21 dicembre 1989 n. 89/665/CEE e 92/13/CEE: agli artt. 2-bis e 2-ter, lett. b) delle direttive citate era stato previsto dalla direttiva ricorsi l'obbligo di fissazione di un termine dilatorio fra l'aggiudicazione definitiva (efficace) e la stipulazione del contratto. Quel tempo era lì stabilito con un termine minimo perentorio pari a 10/15 giorni, dal giorno successivo a quello delle comunicazioni *ex officio* dell'aggiudicazione medesima.

Il Codice De Lise già dalla sua entrata in vigore (1° luglio 2006) aveva previsto in piena coerenza con tale dettato europeo un termine cd. *stand-still*: era il testo del comma 10 dell'art. 11, ora modificato dalla direttiva ricorsi e dall'art. 2 dello schema del decreto legislativo che la attua nel nostro ordinamento. Infatti, il precedente termine stabilito nel Codice pari a trenta giorni dall'invio delle comunicazioni ex art. 79, comma 5, è ora stato ampliato a trentacinque giorni, con la precisazione che tale termine ora decorre dall'invio dell'ultima comunicazione, a sua volta riguardante l'aggiudicazione definitiva ó attribuito quest'ultimo specificato dall'art. 2 dello schema del Decreto. Si tenga presente, in aggiunta al calcolo complessivo dei giorni (che hanno il loro apice nel sessantesimo giorno per la stipula del contratto) che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva deve essere effettuata tempestivamente e comunque entro cinque giorni.

Il senso della dilazione lo spiega l'attuale necessità di coerenza procedurale: l'art. 44 della Legge delega n. 88/2009, comma 3 lett. f), n. 1) ha stabilito che il termine per presentare ricorso giurisdizionale in materia di appalti pubblici non può essere superiore a trenta giorni (di conseguenza, lo stabilisce ora l'art. 245, comma 2 del Codice, indicando che il termine decorre dalla ricezione della relativa comunicazione ex art. 79); quindi, la notificazione del ricorso potrebbe di fatto essere in possesso della stazione appaltante dopo il trentesimo giorno (termine appunto ultimo di proposizione del ricorso stesso. Eppoi si pensi all'ipotesi di proposizioni di più ricorsi avverso il medesimo provvedimento). Questo significa che, per evitare che si possa stipulare nelle immediatezze della scadenza del termine per la presentazione dell'impugnazione da parte del ricorrente e, di fatto, neutralizzare l'intera *ratio* della normativa tesa ad evitare che si possa concludere una stipulazione contrattuale e iniziare l'esecuzione dell'appalto in pendenza di giudizio amministrativo (con le indeterminate conseguenze a valle sul contratto medesimo), il legislatore

⁶ Per quanto qui scritto, vedi: A. Cancrini, P. Piselli, V. Capuzza, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici*, IGOP, 6ª edizione, Roma 2010, sub art. 11

comunitario e quello nazionale hanno fissato il termine a trentacinque: la dilazione tende a render quasi certa la stazione appaltante della non proporzione di ricorsi.

Alla regola della dilazione viene subito prevista l'eccezione sia dalla direttiva comunitaria sia dalla L. n. 88/09: il comma 10-bis (che sarà introdotto dallo schema del Decreto) prevede che il termine dilatorio non si applica in due ipotesi, cioè se, a seguito di pubblicazione di bando, è stata presentata una sola offerta che è risultata aggiudicataria, e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera-invito, o queste impugnazioni, se proposte, risultano già respinte con decisione giurisdizionale definitiva; se, a seguito di pubblicazione di bando, pur essendo state presentate più offerte, è stata ammessa una sola offerta che è risultata aggiudicataria, e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando, o della lettera-invito, o dei provvedimenti di esclusione degli altri concorrenti, o queste impugnazioni, se proposte, risultano già respinte con decisione giurisdizionale definitiva.

Inoltre, al comma 9 dell'art. 11 è stato aggiunto un ultimo periodo in cui viene previsto un divieto all'esecuzione d'urgenza (che anticipa l'esecuzione contrattuale) durante il termine dilatorio e durante l'effetto preclusivo che derivi da eventuali impugnazioni (ex art. 245-bis, comma 3 del Codice). Rimane quindi ancora coerente al sistema e quindi in vigore l'art. 11 del DPR n. 252/98 relativo all'informativa antimafia. Ma esiste una deroga a questo nuovo divieto di esecuzione anticipata (già deroga al procedimento ordinario di gara): nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata determinerebbe un grave nocumento all'interesse pubblico. L'ultima eccezione al divieto presenta un contenuto a variabile aperta: il potenziale e grave nocumento lo valuti in concreto l'amministrazione procedente e lo esternizzi con idonea ed adeguata motivazione. Infine, scompare dal comma 10 la deroga alle procedure d'urgenza valevole per i contratti relativi alle grandi infrastrutture (parte II, titolo III, capo IV).

In ordine a tale ultimo aspetto preclusivo, va precisato quanto segue. Oltre alla dilazione suddetta del termine (trentacinque giorni), la più rilevante novità operata in tale ambito dalla direttiva ricorsi e dal Decreto d'attuazione consiste in un effetto, che si aggiunge alla dilazione di cui si è detto (se la notifica giunge dopo il trentesimo giorno) ovvero si sostituisce ad essa (se la notifica giunge prima del trentesimo giorno): notificata l'impugnazione, con la domanda cautelare, del ricorrente relativa all'aggiudicazione definitiva avviene la sospensione automatica che preclude la stipulazione del contratto d'appalto. La legge delega pone il limite temporale fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado ovvero alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può

essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare (art. 44, comma 3 lett.g), n. 2).

1.3. *La forma dei contratti pubblici.*

L'ultimo comma dell'art. 11 sancisce, a pena di nullità, la forma scritta del contratto pubblico stipulato con l'appaltatore. Questa norma, già esistente con la legge Merloni, trova il suo fondamento nel principio secondo cui tutti i contratti in cui una delle parti sia una Pubblica Amministrazione necessitano della forma scritta *ad substantiam*, dato che la stessa P.A. non può assumere impegni o concludere contratti se non nelle forme stabilite dalla legge e dai regolamenti.⁷

In altre parole, la volontà dell'amministrazione di obbligarsi non può desumersi per implicito da atti o fatti, non rilevando a tal fine neppure la Delibera dell'organo collegiale dell'Ente (essendo essa un mero atto interno) ma dovendo essere manifestata nelle forme prescritte dalla legge, ex artt. 16 e 17 del R.D. n. 2240 del 1923, tra le quali l'atto scritto.⁸

Addirittura nei confronti della P.A. non è stato neppure ritenuto configurabile il rinnovo tacito del contratto⁹ dovendo ogni atto e ogni modifica allo stesso essere sottoscritto da entrambi i contraenti e contenere l'intera regolamentazione del rapporto comprendente le determinazioni in ordine alle prestazioni da compiere ed al corrispettivo spettante per le stesse.¹⁰

Quanto sopra vale non solo ove la P.A. agisca con atti di imperio (e quindi sotto un profilo pubblicistico) ma anche ove agisca *iure privatorum*.¹¹

Pertanto ogni eventuale attività o fatto (quali, ad esempio, l'eventuale concessione da parte dell'ente conferente di proroghe per l'esecuzione, ovvero l'inoltro della delibera di conferimento dell'incarico agli organi di controllo) diverso da un esplicito conferimento di incarico redatto in forma scritta, non può configurare una ratifica del contratto nullo, non suscettibile in quanto tale di alcuna forma di sanatoria.¹²

Infatti la forma scritta *ad substantiam*, che è strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, costituendo remora ad arbitrii e agevolando l'espletamento della

⁷ Cass. 1997, n. 2839; Cass. 1977, n. 2200; Trib. Crotone, 3.06.08.

⁸ App. Catanzaro, sez. II, 28.06.08; App. Catanzaro, sez. I, 17.03.08.

⁹ Cass. 3.08.02, n. 11649; Cass. 24.06.02, n. 9165; Cass. 12.07.00, n. 9246; Cass. 11.01.00, n. 188; Cass. 16.07.88, n. 6766.

¹⁰ Cass. 15.03.04, n. 5234; Cass. 24.09.03, n. 5444.

¹¹ Trib. Potenza, 10.06.08; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 14-04-2008, n. 554.

¹² Cass. 21.05.03, n. 7962; Trib. Potenza, 12.03.08.

funzione di controllo, rappresenta l'espressione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione posti dall'art. 91 della Cost..¹³

In definitiva l'attuale orientamento maggioritario sembra evidenziare che *«la mancanza di forma scritta rende nullo il negozio e determina l'impossibilità del contraente privato di far valere contrattualmente alcuna responsabilità per colpa del committente, in quanto l'invalidità stessa deriva da norme di carattere generale da presumersi note agli interessati, fermo restando la possibilità di esperire l'actio de in rem verso qualora la prestazione sia tornata utile e nei limiti del vantaggio conseguito e riconosciuto dalla parte pubblica»*.¹⁴

Questo vale anche per i singoli rapporti negoziali che dovessero sorgere all'interno di un contratto d'appalto pubblico o al fine di addivenirne alla stipulazione. Si pensi, ad esempio, all'attività di un progettista in assenza di un formale incarico: egli non potrebbe legittimamente sostenere l'eventuale richiesta orale di una modifica al progetto originario; infatti, la manifestazione della volontà di un ente pubblico di obbligarsi non può sorgere da *«facta concludentia»* dovendo essere espressa con l'osservanza della forma scritta pena la nullità.¹⁵

1.4. Obblighi dell'amministrazione.

Oltre ai singoli e dettagliati doveri previsti contrattualmente fra Committente e appaltatore, la giurisprudenza ha riconosciuto una serie di obblighi in capo all'Amministrazione, che qui appare utile richiamare.

In materia di opere pubbliche l'Ente appaltante ha il preciso obbligo di consentire all'appaltatore l'estrinsecazione della sua capacità produttiva, eliminando ogni impedimento. La giurisprudenza ha esplicitamente ritenuto che: *«negli appalti di opere pubbliche, l'Amministrazione Committente ha il preciso obbligo di consentire all'Impresa appaltatrice di impiegare in modo razionale ed economico le proprie risorse e la propria capacità produttiva, eliminando ogni impedimento alla regolare esecuzione dei lavori, con la conseguenza che la violazione di tale obbligo la espone all'obbligazione risarcitoria»*.¹⁶

Inoltre, *«In tema di appalto di opere pubbliche, il dovere di cooperazione*

¹³ Cass. 1752/2007; Cass. 11930/2006; App. Catania Sez. I, 28-02-2008.

¹⁴ Cass. 23.06.93, n. 7149; Cass. 13.05.97, n. 4185; Cass. 14.03.98, n. 2772; Cass. 27.06.94, n. 6182; Cass. 6.02.97 n. 117.

¹⁵ *ex multis* Cass. 2.05.07, n. 10123; Cass. 30.07.96, n. 6908; Trib. Novara, sez. lavoro, 6.10.08.

¹⁶ Lodo 8. febbraio 2002, in Agop 2002, n. 150 e, ancora, 838, in Arch. Giur. OO.PP., 1990, 1088; Trib. Roma, sez. I, 8 giugno 1982, n. 2704, *ivi*, 1982, II, 259; Coll. Arb., 1° giugno 1993, n. 56, *ivi*, 1995, 54; Coll. Arb., 24 marzo 1993, n. 27 *ivi*, 1994, 613; Coll. Arb., 22 marzo 1990, *ivi*, 1991, 681; Coll. Arb., 11 maggio 1990, *ivi*, 1991, 1467; Coll. Arb., 10 luglio 1989, *ivi*, 1991, 35.

*dell'amministrazione non ha carattere autonomo, ma va inteso come mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera, che costituisce lo scopo perseguito dalle parti, sebbene da posizioni contrapposte. Pertanto, il dovere di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'amministrazione stessa di osservare tutti quei comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore senza rappresentare per essa un apprezzabile sacrificio, e senza che la stessa sia tenuta al compimento di attività eccezionali per rimuovere ostacoli sopraggiunti ed imprevedibili.*

La cooperazione dovuta dall'Amministrazione è strumentale al fine di rendere possibile l'adempimento dell'obbligo dell'appaltatore di eseguire tempestivamente l'opera appaltata.

Ciò comporta che la mancata cooperazione acquista rilievo per l'impossibilità che crea nell'appaltatore di realizzare la propria prestazione nei termini ó economici e temporali ó preventivati e determina il configurarsi a carico della Amministrazione di *mora accipiendi* dalla quale consegue la responsabilità per i maggiori oneri che la mancata cooperazione determina alla impresa appaltante.

In tal senso, l'obbligo di cooperazione della stazione appaltante nel contesto di un rapporto di appalto è riconosciuto da una consolidata giurisprudenza di legittimità che ha affermato la piena responsabilità della Amministrazione committente per i maggiori oneri conseguenti al tardivo disbrigo di adempimenti che ad essa facevano carico.¹⁷

Infine, va richiamato un altro importante obbligo della Committente: in materia di opere pubbliche è principio fondamentale che l'Amministrazione appaltante ponga a base di gara un progetto che sia completo ed eseguibile.

L'obbligo a carico della stazione appaltante di fornire all'Appaltatore un progetto esecutivo concretamente realizzabile in ogni dettaglio, vale a dire un progetto cd. *“cantierabile”* è sancito dall'art. 93 del D.lgs. n. 163/2006 (che sostanzialmente riproduce l'art. 16 L. n. 109/94).

La *ratio* della norma in questione è quella di garantire che l'ultimo livello della progettazione e cioè il progetto esecutivo assolva alla specifica funzione di individuare in modo particolareggiato e completo tutti i dati necessari alla concreta attuazione dell'opera, con l'indicazione dei calcoli, le caratteristiche dei materiali e tutte le modalità della costruzione, con i disegni di insieme e dei dettagli costruttivi.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. I, 26 agosto 1997, n. 8014; Cass., Sez. I, 18 maggio 1994, n. 4869; Coll. Arb, 17 gennaio 1994, n. 10, in Arch. Giur. OO.PP. 1996, 68; Coll. Arb., 10 giugno 1994, n. 107, ivi, 1996, 282; Coll. Arb., 17 settembre 1993, n. 101, ivi, 1995, 426; Coll. Arb., 30 dicembre 1993, n. 136, ivi, 1995, 592.

Per espressa disposizione dell'art. 93 comma 5 D.lgs. n. 163/2006, il progetto esecutivo, eseguito in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo.

Sul punto, appare opportuno richiamare il costante orientamento della giurisprudenza, secondo cui *«sulla stazione appaltante grava l'onere di fornire una progettazione completa ed eseguibile, senza che detto onere progettuale possa in qualsiasi modo essere trasferito in capo all'appaltatore»*.¹⁸

La redazione di un progetto completo ed eseguibile, unitamente al compimento delle operazioni di verifica da parte della stazione appaltante, assume efficacia esterna nei confronti dell'impresa appaltatrice, con conseguente responsabilità del Committente in caso di inottemperanza alle disposizioni sopra menzionate.

Peraltro, come chiarito dalla giurisprudenza, *«anche nell'appalto di opere pubbliche, stante la natura privatistica del contratto, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'opus, un dovere - discendente dall'espresso riferimento contenuto nell'art. 1206 c.c. e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, che permeano la disciplina delle obbligazioni e del contratto - di cooperare all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto dall'appaltatore, necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio»*.¹⁹

A fronte di tale scenario, l'appaltatore può anche chiedere la risoluzione del rapporto per inadempimento della stazione appaltante; al riguardo, la giurisprudenza ha infatti riconosciuto che *«l'appaltatore di opere pubbliche può richiedere - ed ottenere - che venga meno il vincolo obbligatorio (oltre a pretendere il risarcimento del danno) nel caso in cui l'amministrazione appaltante abbia omissso di compiere le preventive verifiche sulla realizzabilità del progetto, evidenziando che se la discrezionalità dell'Amministrazione è insindacabile sotto il profilo amministrativo essa incontra un limite insuperabile nei principi di correttezza e buona fede - alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A. nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. - e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato (vedi, anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 giugno 2002 n. 3258). Le regole della buona fede e della correttezza (in ambito civilistico) impongono un criterio di valutazione obiettivo nelle (e*

¹⁸ Cass. Civ. 11 aprile 2002, n. 5135; Cass. Civ. 22 luglio 2004, n. 13643.

¹⁹ Cassazione civile, sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052.

delle) relazione tra le parti del negozio contrattuale, che valorizza l'apporto collaborativo della partecipazione e assicura - in ambito pubblicistico - l'imparzialità e la trasparenza, riprendendo un consolidato orientamento comportamentale che il codice civile assegna alla diligenza dell'uomo medio (il c.d. buon padre di famiglia, ex art.1179 c.c.), espressione generale di un dovere imposto dalle regole di convivenza in grado di abilitare un comportamento capace di soddisfare l'interesse del creditore, e il dovere del debitore di prestare con esattezza la propria obbligazione con l'adempimento esatto - corretto - secondo i principi che vincolano entrambe le parti del rapporto obbligatorio, sia durante (ex post, vedi art. 1175 c.c) che antecedentemente al vincolo (ex ante, vedi art.1337 c.c.): deducendo che la prestazione va eseguita se possibile e sempre e comunque con la piena partecipazione delle parti.²⁰

In particolare, nella suddetta pronuncia giurisprudenziale, il giudice ha sottolineato che *in linea generale il contratto di appalto può estinguersi oltre per inadempimento dell'appaltatore, anche per un eventuale comportamento inadempiente dell'amministrazione committente in corso di esecuzione del contratto ai sensi degli artt.1453 ss. c.c. e degli art.10, 30 e 35 del D.P.R. 16 luglio 1962, n.1063 (decreto abrogato dall'art.231 del D.P.R. n.21 dicembre 1999, n.554, ma applicabile ratione temporis)*.

2. La consegna dei lavori e la consegna in via d'urgenza.

La consegna dei lavori rappresenta il primo passo nel processo di esecuzione di un'opera pubblica. Attraverso tale atto il committente immette l'appaltatore nel possesso delle aree o dei beni immobili sui quali devono essere eseguiti gli interventi appaltati.

Con la consegna dei lavori il soggetto aggiudicatario della gara instaura un rapporto di detenzione con le aree di cantiere date in consegna.

La consegna dei lavori, ai sensi di quanto espressamente previsto dal comma 2 dell'art. 129 del d.P.R. n. 554/99, deve avvenire non oltre il termine di 45 giorni dalla data di stipulazione del contratto d'appalto, ovvero dalla sua approvazione, nei casi in cui questa sia richiesta.

Tuttavia il Legislatore ha previsto la possibilità che i lavori siano iniziati già prima della reale stipulazione del contratto, dopo l'aggiudicazione definitiva.

Tale eventualità viene indicata dal Legislatore come consegna in via d'urgenza, ma è conosciuta nel settore degli appalti anche come *consegna sotto riserva di legge*.

²⁰ Tribunale di Napoli con la sentenza 16 giugno 2005.

L'art. 129 infatti al primo comma stabilisce che *«Dopo l'approvazione del contratto o, qualora vi siano ragioni di urgenza, subito dopo l'aggiudicazione definitiva, il responsabile del procedimento autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori.»*²¹

Il momento nel quale tale consegna può avvenire rappresenta un periodo intermedio e per questo delicato nel processo di aggiudicazione, nel quale non è ancora certo che l'impresa chiamata ad avviare i lavori sia effettivamente la parte con la quale la P.A. sottoscriverà il contratto. Molti sono gli esempi di cause di mancata stipula che provengono dall'analisi pratica del mondo dei lavori pubblici:

- a) annullamento in sede amministrativa o giurisdizionale dell'avvenuta aggiudicazione;
- b) il verificarsi di circostanze, successive alla consegna, tali da imporre all'Amministrazione di non procedere alla stipula del contratto stesso.²²

L'alone di incertezza che circonda gli aspetti operativi di tale consegna sono stati tuttavia presi in considerazione dal Legislatore che ha previsto una particolare procedura che può limitare i svantaggi che l'impresa potrebbe subire in tali circostanze.

Un primo aspetto è rinvenibile nello stesso art. 129 del D.P.R. 554/99, laddove al comma 4 si stabilisce che *«In caso di consegna in via d'urgenza, il direttore dei lavori tiene conto di quanto predisposto o somministrato dall'appaltatore, per rimborsare le relative spese nell'ipotesi di mancata stipula del contratto.»*

È del tutto evidente la volontà del Legislatore di garantire l'appaltatore chiamato ad intervenire anticipatamente rispetto ai tempi procedurali.

Ulteriore garanzia è contenuta nell'art. 130 del D.P.R. 554/99, nel cui comma 3, si fa esplicito riferimento alla consegna in via d'urgenza. Recita infatti il comma 3: *«Qualora la consegna sia eseguita ai sensi dell'articolo 129, comma 4, il processo verbale indica a quali materiali l'appaltatore deve provvedere e quali lavorazioni deve immediatamente iniziare in relazione al programma di esecuzione presentato dall'impresa. Ad intervenuta stipula del contratto il direttore dei lavori revoca le eventuali limitazioni.»*

Infine occorre menzionare l'art. 109 comma 4 del menzionato Regolamento, che nello specificare la natura delle somme dovute all'appaltatore stabilisce che *«L'appaltatore non ha diritto*

²¹ Tale possibilità era stata in realtà espressamente contemplata e disciplinata dal legislatore dapprima all'art. 337, comma 2, della legge 20 marzo 1865 n. 2248.

²² In via esemplificativa e non esaustiva, si pensi all'accertamento della sussistenza di preclusioni discendenti dalla normativa antimafia (sul punto vedi V. Capuzza, *Doveri dell'amministrazione ed esenzioni nel quadro normativo antimafia per gli appalti pubblici*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini e F. Tedeschini, collana Il diritto dell'economia, Giappichelli, 2009, pp. 71 e ss.), ovvero il sopravvenire di ragioni di pubblico interesse tali da indurre l'Amministrazione a ritenere l'esecuzione dell'opera non più conforme al pubblico interesse (per esigenze di ordine pubblico, o per successiva inattualità o non economicità dell'opera).

ad alcun compenso o indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali. Se è intervenuta la consegna dei lavori in via d'urgenza, l'impresa ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori ivi compresi quelle per opere provvisorie.

Dalla lettura delle norme menzionate è possibile svolgere alcune osservazioni.

Innanzitutto, è possibile affermare che a una anticipata consegna corrisponda un limitato numero di lavorazioni affidate dal direttore dei lavori, giustificato dall'esigenza da parte della P.A. di non esporsi economicamente rispetto alle eventuali pretese dell'impresa che esegua i lavori. Infatti, attraverso tale procedura, la stazione appaltante sarebbe in grado di evitare che l'imprenditore possa ad esempio acquistare ingenti quantità di materiali o imprimere un'accelerazione notevole all'esecuzione e dunque chiedere un rimborso elevato.

Dal lato dell'impresa, un avvio limitato dei lavori a determinate e quantificate lavorazioni offre il vantaggio di conoscere esattamente le volontà della stazione appaltante, dunque di poter conoscere con certezza quali attività che sta svolgendo nel cantiere saranno ad essa riconosciute e rimborsate, ma soprattutto consente di iniziare i lavori (con tutti gli ovvi vantaggi in termini di impiego di maestranze e mezzi d'opera, attrezzature e di riconoscimento economico per i lavori eseguiti).

Vero è che l'autonomia dell'appaltatore in ordine all'esecuzione dei lavori risulta fortemente limitata, ma è pur vero che tali limitazioni saranno rimosse una volta che verrà stipulato il contratto, momento dal quale si avrà una riesplorazione della libertà organizzativa e produttiva del cantiere.

Da quanto osservato sin ora, può affermarsi la natura neutra della previsione di una possibile limitazione delle lavorazioni da eseguire, nel senso che essa pur rappresentando uno svantaggio nel breve periodo, consente all'impresa di non esporsi eccessivamente medio tempore e di trovare nella stazione appaltante valide indicazioni sui lavori da intraprendere inizialmente e in via d'urgenza.

Dunque quali potrebbero essere gli ulteriori e reali svantaggi a cui sarebbe esposta un'impresa chiamata ad operare sotto riserve di legge?

È del tutto evidente che in caso di successiva stipula del contratto nei termini stabiliti, nessun danno potrà essere cagionato all'appaltatore che vedrà revocati i limiti imposti dalla consegna d'urgenza.

Ad esiti diversi da quelli appena prospettati potrebbe invece condurre una stipula tardiva del contratto per colpa dell'Amministrazione.

Dal punto di vista economico, non può affermarsi un possibile nocimento per l'appaltatore. Infatti, sebbene l'art. 109 del D.P.R. 554/99 parli espressamente di rimborso ed escluda allo stesso tempo la natura di indennizzo o di risarcimento delle somme spettanti all'impresa in caso di mancata stipulazione del contratto, all'impresa verranno riconosciute non solo le spese affrontate

per la realizzazione delle lavorazioni ordinate dal direttore dei lavori, ma anche le cd. opere provvisionali²³. Ciò avverrà sia nel caso in cui la stazione appaltante non intenda stipulare il contratto per uno dei motivi già indicati *supra*, sia qualora la stessa stipuli tardivamente il contratto. Il rimborso a quel punto concerne soltanto i costi realmente sopportati dall'appaltatore, sicché esso non può essere calcolato con l'applicazione dei prezzi contrattuali, i quali, come noto, sono comprensivi degli utili e delle spese generali. Può avvenire che l'Amministrazione ritenga più aderente alla realtà assumere i costi desunti da listini o tariffari ufficiali al posto dei prezzi contrattuali decurtati di utili e spese generali.

Nel caso in cui, invece, pur in presenza di un ritardo contrattuale da parte dell'Amministrazione, l'impresa non eserciti il suo diritto di recesso, l'appaltatore non potrà rifiutarsi di procedere alla stipula del contratto, avendo manifestato con il suo silenzio la volontà di proseguire il rapporto contrattuale. Anche in questo caso tuttavia non è possibile individuare uno svantaggio per l'appaltatore, dal momento che i lavori da lui eseguiti verranno remunerati a prezzi contrattuali.

Potrebbe invece essere annoverato tra le condizioni sfavorevoli il fatto che dalla consegna d'urgenza, e dunque non dalla stipula del contratto, decorra il termine di ultimazione dei lavori. Tale aspetto, combinato ai limiti imposti dal direttore dei lavori, potrebbe di certo rappresentare un elemento negativo per l'impresa che dovrà iniziare l'esecuzione senza la possibilità di disporre liberamente del cantiere e/o scegliere le lavorazioni da intraprendere, salva comunque la possibilità di una proroga del termine di ultimazione ove la consegna possa ritenersi *sfrazionata* e non completa.

Ulteriori osservazioni possono essere svolte anche con riguardo alla tutela giurisdizionale delle aspettative dell'appaltatore che abbia intrapreso i lavori in via d'urgenza a fronte di ricorsi giurisdizionali di terzi.

Avviene spesso che innanzi al giudice amministrativo siano portate cause nelle quali il soggetto ricorrente richieda quale risarcimento del danno il cd. risarcimento in forma specifica, vale a dire l'ottenimento del bene che sarebbe naturalmente spettato al soggetto ricorrente in assenza delle illegittimità che abbiano caratterizzato l'agire amministrativo.

In materia di appalti, le imprese che ricorrono possono chiedere quale risarcimento in forma specifica la riammissione alla gara, ovvero l'aggiudicazione della stessa nel caso in cui a seguito del giudizio non residuino valutazioni discrezionali in capo all'Amministrazione.

²³ Sono ad esempio definite opere provvisionali i ponteggi, le strade di servizio, gli allacciamenti di acqua, luce e gas. Più in generale fanno parte di tali opere tutte quelle che pur non facendo parte o non costituendo l'opera principale dell'appalto, sono connesse ad essa da un vincolo di strumentalità, tale per cui senza di esse l'opera non sarebbe realizzabile.

Dunque, in via astratta si possono ipotizzare diversi scenari. Nel caso in cui una società ricorrente reputi conveniente il risarcimento per equivalente, consistente appunto nell'equivalente in danaro del bene non conseguito, l'appaltatore - che abbia iniziato i lavori in via d'urgenza - con ogni probabilità e salvo diversa scelta dell'Amministrazione stipulerà il relativo contratto.

Nel caso in cui invece un ricorrente opti per richiedere il risarcimento in forma specifica e questo venga disposto dal giudice, l'appaltatore che abbia iniziato i lavori in via d'urgenza vedrà ad esso subentrare l'impresa ricorrente, salvo il rimborso delle spese sostenute durante l'avvio dei lavori sotto riserve di legge.

Anche in questo caso appare difficile individuare un documento per l'impresa. Essa infatti potrà soltanto riporre una legittima aspettativa nella prosecuzione dei lavori a seguito di stipula del contratto, ma nel caso in cui ciò non avvenga per l'intervento del giudice amministrativo eventualmente adito da un'impresa concorrente, otterrà sempre il rimborso per quanto svolto nel cantiere in base alle lavorazioni e ai materiali indicati dal direttore dei lavori nel verbale di consegna.

Si è appena osservato come sia in caso di consegna normale dei lavori, sia in caso di consegna in via d'urgenza, l'ente committente immette l'appaltatore nel possesso delle aree o dei beni immobili sui quali devono essere eseguiti gli interventi appaltati.

È noto che della consegna dei lavori deve essere redatto, a cura del direttore dei lavori, apposito verbale in contraddittorio con l'appaltatore, al quale il primo deve comunicarle con ragionevole anticipo giorno, ore e luogo in cui sarà effettuata l'operazione (art. 129 del D.P.R. 554/99)²⁴.

Il verbale deve contenere l'indicazione delle operazioni eseguite, quali l'ammissione dell'appaltatore nel possesso delle aree, i tracciamenti, i collocamenti di picchetti, sagome e capisaldi, l'indicazione di eventuali cave, locali o mezzi d'opera messi a disposizione dall'Amministrazione per l'esecuzione dei lavori (art. 130).

L'art. 131 del D.P.R. 554/99²⁵, rubricato *«Differenze riscontrate all'atto della consegna»* disciplina la possibilità che lo stato dei luoghi sconfessi il progetto esecutivo. Essendo redatto in contraddittorio, l'atto di consegna è attribuibile tanto al direttore dei lavori quanto all'appaltatore.

²⁴ Il D.P.R. 554/1999 destina un'intera Sezione del Titolo IX, Capo II, dedicato all'esecuzione dei lavori, alla consegna dei lavori. La Sezione II consta di quattro articoli, il 129, il 130, il 131 e il 132.

²⁵ Art. 131: *1. Il direttore dei lavori è responsabile della corrispondenza del verbale di consegna dei lavori all'effettivo stato dei luoghi. 2. Se sono riscontrate differenze fra le condizioni locali ed il progetto esecutivo, non si procede alla consegna, e il direttore dei lavori ne riferisce immediatamente al responsabile del procedimento, indicando le cause e l'importanza delle differenze riscontrate rispetto agli accertamenti effettuati in sede di redazione del progetto esecutivo e delle successive verifiche, e proponendo i provvedimenti da adottare. 3. Qualora l'appaltatore*

Il direttore dei lavori nel caso in cui riscontri le predette differenze, è chiamato dall'art. 131 comma 2 a comunicarle al responsabile del procedimento, indicando le cause e l'importanza delle differenze stesse, suggerendo i provvedimenti ritenuti in tal senso opportuni. La sospensione della consegna può essere determinata da due ordini di motivi: per causa dell'Amministrazione committente (l'esempio di scuola che solitamente viene utilizzato è l'errore progettuale, ma può anche avvenire che la P.A. non si sia attivata per impedire interventi che abbiano modificato lo stato dei luoghi), o per eventi non imputabili all'Amministrazione (vi rientrano generalmente tutti gli eventi naturali non pronosticabili in base ad un normale grado di probabilità).

Al fine di dar esito ai quesiti formulati e concentrando dunque l'attenzione sul ruolo che l'appaltatore riveste nella stesura del verbale di consegna, si può innanzitutto osservare che egli ha tre alternative: rifiutare totalmente la consegna; accettare la consegna formulando apposita riserva; accettare *in toto* la consegna²⁶.

Nel caso in cui le difformità siano tali da non rendere ineseguibile l'opera l'appaltatore è chiamato ex art. 131 comma 3 ad iscrivere riserva nel verbale di consegna dei lavori ove voglia ottenere il ristoro dei danni provocati dall'impedimento in questione. Oltre a detto risarcimento, l'appaltatore potrà richiedere anche un supplemento in termini di tempo per l'esecuzione dell'opera, che sarà verosimilmente commisurata al ritardo realizzatosi a causa delle predette difformità.

Il risarcimento da ridotta produzione potrà essere determinato da molteplici voci che riguardino la maggior spesa patita dall'impresa a fronte del ritardo causato dalla difformità progettuale. In tal senso giova sottolineare che il danno provocato dalle menzionate difformità sarà limitato nel caso di consegna d'urgenza, in misura diversa a seconda delle lavorazioni approvate dal direttore dei lavori.

Dunque è lo stesso Legislatore ad indicare il momento nel quale iscrivere riserva in merito alle difformità riscontrate tra lo stato effettivo dei luoghi e il progetto, nel quale rientrano le difformità tra le sezioni indicate nel progetto e quelle effettive.

In merito all'iscrizione di riserva sul verbale di consegna, a fronte dei diversi scenari ipotizzabili, risulta opportuno svolgere alcune osservazioni. L'art. 131 comma 3 richiama espressamente le forme stabilite dall'art. 165 del Regolamento per le riserve in generale, per cui

intenda far valere pretese derivanti dalla riscontrata difformità dello stato dei luoghi rispetto a quello previsto in progetto, deve formulare riserva sul verbale di consegna con le modalità e con gli effetti di cui all'articolo 165.

²⁶ Nel caso di accettazione a pieno della consegna, *nulla questio*, l'appaltatore accerterà in tal modo la corrispondenza tra il progetto e lo stato dei luoghi. Nel caso invece di differenze notevoli, tali da rendere impossibile in tutto o in parte la realizzazione del progetto, l'impresa ha la facoltà di rifiutare la consegna dei lavori e di recedere dal contratto, spettando inoltre ad essa il rimborso delle spese sostenute.

le riserve riguardanti le riscontrabili differenze progettuali dovranno al pari delle altre indicare le specifiche ragioni della domanda (*causa pretendi*), nonché le cifre di compenso (*petitum*) cui l'appaltatore ritiene di aver diritto.

Tuttavia appare evidente che una esaustiva indicazione degli elementi testé menzionati non sia sempre possibile nel momento della consegna, soprattutto in considerazione del *quantum* del danno. Nella maggior parte dei casi infatti la quantificazione nasce da un calcolo che nel momento della consegna è quasi inverosimile svolgere. Dunque appare più consona un'iscrizione parziale nel verbale di consegna, nel quale verrà indicata la causa della riserva, ma di cui l'ammontare verrà meglio specificato nel registro di contabilità, non appena la determinazione del danno risulti oggettivamente possibile sulla base di criteri di media diligenza.

Nel caso in cui invece non sia possibile né una quantificazione, né tanto meno l'individuazione della divergenza tra la realtà e il progetto esecutivo, non è escluso che la riserva possa essere iscritta anche in un momento successivo, quando cioè l'appaltatore sia in grado di riconoscere la difformità.

Tale evenienza risulta tuttavia possibile solo se venga provato che l'impresa abbia reso la dichiarazione di conformità senza l'iscrizione di alcuna riserva per non aver ravvisato la divergenza tra il progetto e i luoghi, pur usando la media diligenza richiesta nel sopralluogo svolto in sede di consegna. Diversamente, l'impresa decadrà da ogni pretesa risarcitoria, accettando la consegna e non rilevando mediante riserva le difformità riscontrabili o riscontrate, per cui l'iscrizione successiva sarà da intendersi quale intempestiva.

2.1 Le conseguenze negative prodotte dalla sottoscrizione del verbale di cantierabilità in relazione ad un'eventuale richiesta di varianti al progetto.

Con la sottoscrizione del verbale di consegna l'appaltatore sancisce il suo consenso affinché egli possa dare inizio ai lavori. Si è già accennato *supra* alle diverse conseguenze generabili dall'accettazione o meno del verbale di consegna. Nel caso di accettazione a pieno della consegna, *nulla questio*, l'appaltatore accerterà in tal modo la corrispondenza tra il progetto e lo stato dei luoghi. Nel caso invece di differenze notevoli, tali da rendere impossibile in tutto o in una parte sostanziale la realizzazione del progetto, l'impresa ha la facoltà di rifiutare la consegna dei lavori e di recedere dal contratto, spettando inoltre ad essa il rimborso delle spese sostenute.

Sia che l'accettazione avvenga *in toto*, sia che l'accettazione avvenga con iscrizione di apposita riserva, all'appaltatore resterà precluso il diritto di recesso per motivi attinenti alla consegna.

Dunque se l'impresa ritenga opportuno di non proseguire l'attività oggetto di commessa a seguito dell'individuazione di molteplici elementi inerenti alla divergenza tra lo stato dei luoghi e la realtà progettuale, potrà solo non sottoscrivere il verbale ed esercitare il diritto di recedere da un obbligo contrattuale non ancora perfezionatosi, sempreché tale divergenza sia oggettiva e supportata da ideali riscontri probatori.

Da quanto detto sinora, l'unico effetto negativo in merito alla sottoscrizione del verbale di consegna risulterebbe collegato alla mancata indicazione, nel verbale stesso, delle riserve riscontrabili dall'appaltatore utilizzando la diligenza media: in tale ipotesi verrebbe meno qualsiasi pretesa futura che abbia come presupposto lo stato dei luoghi al momento della consegna.

Venendo ora ai possibili atti aggiuntivi che potrebbero interessare un appalto di lavori, la perizia di variante consiste di fatto in una modifica del progetto esecutivo la cui realizzazione è oggetto del contratto principale.

Il Legislatore ha disciplinato la materia prevedendo la possibilità per l'Amministrazione appaltante di apportare variazioni e addizioni all'opera, cui corrisponde l'obbligo per l'appaltatore di eseguirle purché siano contenute entro determinati limiti e siano disposte con determinate forme.

«In tema di varianti, occorre premettere che non ogni modificazione può ritenersi espressione della naturale esecuzione dell'appalto, con conseguente applicazione dei criteri già previsti contrattualmente per la disciplina del rapporto. La variante, infatti, ha come necessario punto di riferimento e parametro di raffronto il progetto: le modifiche non possono, quindi, essere tali da snaturarlo» (così Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, determinazione n. 1 dell'11 gennaio 2001).

La disciplina precedente che si è succeduta in questa delicata materia è rappresentata dagli artt. 343 e 344 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, dagli artt. 13 e 14 del cap. generale Min. LL. PP. Di cui al D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, dall'art. 20 del reg. 25 maggio 1895, n. 350 e, soprattutto, dalla legge 109/1994, dall'art. 134 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e, infine dall'art. 10 del D.M. LL. PP. 19 aprile 2000 n. 45.

Attualmente risulta applicabile l'art. 132 del D.Lgs. 163/2006, il quale prevede che l'Amministrazione nel corso dell'esecuzione dell'opera, ove ricorrano le ipotesi previste tassativamente dalla lettera a) alla lettera e) del primo comma, può ammettere le varianti in corso d'opera sentito il progettista e il direttore dei lavori.

L'art. 134 del D.P.R. 554/1994 al comma 4 sancisce invece che *l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire tutte le variazioni ritenute opportune dalla stazione appaltante e che il direttore dei lavori gli abbia ordinato purché non mutino sostanzialmente la natura dei lavori compresi nell'appalto.*

L'art. 10 del D.M.LL.PP. 145/2000 al comma 2 prevede infine che *Per le sole ipotesi previste dall'articolo 25, comma 1, della legge, la stazione appaltante durante l'esecuzione dell'appalto può ordinare una variazione dei lavori fino alla concorrenza di un quinto dell'importo dell'appalto, e l'appaltatore è tenuto ad eseguire i variati lavori agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario, salva l'eventuale applicazione dell'articolo 134, comma 6, e 136 del regolamento, e non ha diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo ai nuovi lavori.*²⁷

Le norme appena citate inquadrano il rapporto in caso di perizie di varianti non eccedenti il sesto quinto dell'importo dell'appalto fra stazione appaltante e appaltatore.

Dal combinato disposto di queste norme dunque si evince che in presenza dei già citati presupposti, l'appaltatore, considerato che il potere esercitato dall'Amministrazione è un diritto potestativo legislativamente previsto, ha l'obbligo di eseguire i maggiori lavori agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario²⁸, salvo il suo diritto ad iscriverne riserva nel registro di contabilità limitatamente agli eventuali danni che abbia patito per effetto di ritardi nell'approvazione della perizia stessa.

Da quanto detto ne deriva che ove l'appaltatore rifiutasse l'esecuzione darebbe luogo ad un vero e proprio inadempimento contrattuale, poiché disattenderebbe un obbligo impostogli direttamente dalla legge.

Legge che, nel regolare i rapporti tra stazione appaltante e appaltatore nelle ipotesi di varianti entro il venti per cento dei lavori, ha inteso imporre un obbligo, andando dunque a limitare la libertà contrattuale di una parte (l'appaltatore) che in sintesi è costretto, pur in presenza di adeguate garanzie²⁹, a eseguire i maggiori lavori salvo la risoluzione unilaterale del contratto da parte dell'Amministrazione e la richiesta da parte della stessa dell'eventuale risarcimento dei danni.

²⁷ Per le varianti superiori al 20 per cento è invece applicabile il diverso e speciale regime previsto dal successivo comma 3 dell'art. 10 del D.M.LL.PP. 145/2000.

²⁸ *L'atto di sottomissione si configura come un negozio accessorio che inerisce al contratto principale, con la conseguenza che i lavori si eseguono agli stessi patti e condizioni del contratto principale e agli stessi prezzi unitari e che lo stesso atto diventa parte integrante dell'originario contratto; ne deriva che, data l'unicità del patto genetico, si è in presenza di un unico atto contrattuale, ancor più evidente quando i lavori oggetto di perizia di variante siano necessari per la completa e migliore esecuzione dell'opera o per la realizzazione della stessa a regola d'arte o che rientrino nel piano della stessa, e non di un nuovo rapporto.* Lodo 22 gennaio 1995, n. 88, in AGOP, 1997, 219.

²⁹ *La sottoscrizione dell'atto di sottomissione relativo ad una variante, quale patto aggiuntivo al contratto finalizzato alla realizzazione delle opere in esso previste, non ha natura né transattiva, né abdicativa di pretese*

Da quanto detto sin ora, si evince che è nell'esclusivo potere dell'Amministrazione ammettere le varianti, così come è evidente l'interesse delle stazioni appaltanti nell'ammettere le varianti per la corretta esecuzione dei lavori pubblici, al fine di tutelare l'utilità di dette opere per la collettività.

La consegna in via d'urgenza dei lavori rappresenta un'anticipazione del rapporto che sorge con l'avvenuta stipula del contratto tra la stazione appaltante e l'appaltatore che si sia aggiudicato la gara. In mancanza di tale stipula, il rapporto che sorge può essere soggetto a mutamenti, derivanti sia dal controllo svolto dall'Amministrazione sul reale possesso dei requisiti in capo all'impresa, sia per fatto della stazione appaltante o dell'impresa, le quali hanno la facoltà di recedere dal rapporto in presenza di determinate circostanze indicate nel presente lavoro.

Nell'anticipazione del momento di inizio lavori può essere individuato solo un elemento negativo: l'inizio del decorrere del termine di consegna dei lavori in presenza di limitazioni nelle lavorazioni e nei materiali.

Tuttavia in caso di recesso di una o dell'altra parte in assenza di contratto, è previsto un rimborso per le attività svolte dall'appaltatore.

Qualora l'impresa individui difformità tra il progetto e lo stato effettivo dei luoghi può (anzi deve) iscrivere riserva nel verbale di consegna, potendo limitarsi anche all'individuazione dell'elemento dannoso e riservandosi di quantificare l'ammontare del danno in un momento successivo nel registro di contabilità ove le regole dell'arte non consentano oggettivamente tali quantificazioni.

Infine in merito all'apporto di varianti al progetto, esse sono disposte dalla stazione appaltante nell'interesse della collettività alla fruibilità dell'opera. Determinate da fatti non conoscibili al momento della sottoscrizione del verbale di cantierabilità, esse dunque non possono trovare un limite nel consenso dell'impresa all'avvio dei lavori, salvo il caso di variante superiore al 20 per cento dell'importo dei lavori.

3. Le attività di controllo e di cooperazione che può essere svolta dal direttore dei lavori nella fase di esecuzione di un appalto.

Quando si parla di "direzione lavori" si intende far riferimento ai funzionari tecnici che, secondo l'ordinamento di ciascuna amministrazione, sono incaricati di esplicare direttamente, nei confronti

future, in quanto l'impegno di eseguire senza eccezioni e riserve i lavori di variante non comporta rinuncia ai diritti dell'appaltatore, dovendo la rinuncia essere esplicita Lodo 28 febbraio 1995 n. 32 in AGOP, 1997, 29.

dell'appaltatore, il compito di controllo e di cooperazione³⁰.

L'art. 27 della legge n. 109/1994, obbliga le amministrazioni aggiudicatrici ad istituire un ufficio di direzione lavori costituito da un direttore dei lavori ed eventualmente da assistenti.

A sua volta l'art. 123 del D.P.R. n. 554/1999 conferma la necessaria istituzione da parte delle stazioni appaltanti di un ufficio di direzione dei lavori costituito appunto da un direttore dei lavori ed eventualmente, da uno o più assistenti con funzioni di direttore operativo o di ispettore di cantiere.

L'art. 124 del D.P.R. al comma 1 afferma inoltre che *il direttore dei lavori cura che i lavori cui è preposto siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto*.

I compiti del DL sono riconducibili alla verifica della corrispondenza dell'opera al progetto ed al contratto, alla responsabilità del coordinamento e alla supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori.

Il DL interloquisce in via esclusiva con l'appaltatore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto; ha la specifica responsabilità dell'accettazione dei materiali, sulla base anche del controllo quantitativo e qualitativo degli accertamenti ufficiali delle caratteristiche meccaniche di questi. Il direttore dei lavori, oltre a far fronte a tutte le attività ed ai compiti a lui espressamente demandati dalla legge o dal regolamento, deve in particolare:

1. verificare periodicamente il possesso e la regolarità da parte dell'appaltatore della documentazione prevista dalle leggi vigenti in materia di obblighi nei confronti dei dipendenti;
2. curare la costante verifica di validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso e dei manuali di manutenzione, modificandone e aggiornandone i contenuti a lavori ultimati (art. 124 del D.P.R. n. 554/1999; artt. 15 e 18 del D.M. n. 145 del 2000).

Le mansioni in cui si esplica l'attività del D.L. attengono al campo tecnico dell'esecuzione e al campo amministrativo della gestione delle opere, compresa la compilazione della contabilità dei lavori e ogni altro atto ad essi relativo.

L'attività che il direttore spiega nel campo tecnico dell'esecuzione dell'opera non è contenuta nei ristretti limiti di una generica sorveglianza, o di un semplice controllo, ma si esplica in interventi attivi e dispositivi posti in essere mediante ordini di servizio e istruzioni.

Infatti non può dirsi che l'appaltatore sia un mero esecutore alle sue dipendenze. L'espressione *direttore dei lavori* ha un valore puramente convenzionale. La responsabilità che permane nell'appaltatore di compiere l'opera in conformità al contratto ed a regola d'arte esclude che egli possa considerarsi mercé del direttore dei lavori.

³⁰ Cfr. sulla figura del direttore dei lavori, Favara, *Il direttore dei lavori negli appalti pubblici e privati*, in Arb. e app., 1963; Cianflone e Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 691.

L'ingerenza del D.L. deve essere intesa soprattutto come vera e propria collaborazione dell'amministrazione all'esecuzione che si concreta in un obbligo della committenza a non rendere più gravosa l'attività dell'appaltatore.

In questo senso la giurisprudenza afferma che *«in tema di opere pubbliche, il dovere di cooperazione dell'amministrazione non ha carattere autonomo, ma va inteso come mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera, che costituisce lo scopo perseguito dalle parti, sebbene da posizioni contrapposte. Il dovere di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'amministrazione stessa di osservare tutti quei comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore senza rappresentare per essa un apprezzabile sacrificio, e senza che la stessa sia tenuta al compimento di attività eccezionali per rimuovere ostacoli sopraggiunti ed imprevedibili»*.³¹

In tal senso la Suprema Corte in una decisione più recente afferma che *«anche nell'appalto di opere pubbliche, stante la natura privatistica del contratto, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'opus, un dovere ó discendente dall'espresso riferimento contenuto nell'art. 1206 c.c. e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, che permeano la disciplina delle obbligazioni e del contratto ó di cooperare all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto dall'appaltatore, necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio»*.³²

Il connotato dell'ingerenza³³ permette di delineare i limiti dei poteri del direttore dei lavori, di fronte all'appaltatore. Questi limiti sono posti allo scopo stesso della sua funzione e dalla coesistenza della responsabilità dell'appaltatore di eseguire l'opera in conformità alle prescrizioni contrattuali ed alle regole d'arte.

Il primo limite è ricollegabile all'impossibilità di determinare modifiche al progetto ed al

³¹ Cass. Civ., sez. I, 26.8.1997, n. 8014.

³² Cass. Civ., sez. I, 29.4.2006, n. 10052.

³³ Cfr. Cianflone e Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003: *«L'appaltatore, secondo i propri criteri imprenditoriali e la propria attrezzatura tecnica, appresta il cantiere, organizza l'esecuzione dei lavori, sceglie il personale, i materiali, i mezzi di opera ecc. In questo campo non vi dovrebbe essere materia per poteri dispositivi dell'amministrazione. Un'ingerenza in questo campo può avere solo funzione negativa, nel senso che l'amministrazione può opporsi all'impiego di mezzi di opera, di personale, di materiali non adatti, ovvero nel senso che può richiedere l'integrazione dei mezzi insufficienti apprestati. Un'ingerenza attiva nell'organizzazione dei lavori, che sarebbe buona norma lasciare alla più consumata esperienza dell'appaltatore, potrebbe dar luogo, ad una responsabilità dell'amministrazione in relazione ai maggiori aggravi che ne derivassero»*.

contratto. Compito suo è quello di verificare la corrispondenza dell'appalto all'uno e all'altro.

Il secondo limite concerne le prescrizioni tecniche del direttore dei lavori, avverso le quali, l'appaltatore ha pure il diritto ed il dovere di ribellarsi ove siano errate dal punto di vista tecnico.

Le istruzioni e i controlli del direttore dei lavori all'appaltatore devono essere espletati attraverso ordini di servizio³⁴, aventi forma scritta.

La sua presenza in cantiere deve essere tale da assicurare il controllo dell'esattezza dell'adempimento da parte dell'appaltatore. La sua presenza giornaliera in cantiere, trova, un limite nella natura e nella qualità dei lavori cui il direttore è preposto.

È un dato ormai consolidato che esiste un potere d'ingerenza del direttore dei lavori e più in generale dell'amministrazione nell'esecuzione di un appalto: è pur vero però che tale ingerenza non deve spingersi fino al punto di annullare la funzione propria dell'appaltatore.

La cooperazione che deve sussistere tra appaltatore e Direttore dei Lavori dovrebbe convergere ad una comune finalità: garantire la realizzazione dell'opera a regola d'arte nei tempi prescritti nel contratto.

Infatti da un lato la responsabilità dell'appaltatore è quella di compiere l'opera secondo il contratto e le regole dell'arte, dall'altro la responsabilità del D.L. di svolgere i compiti di controllo e sorveglianza necessari.

La responsabilità del direttore dei lavori sorge, in genere, per insufficienza od erroneo disimpegno delle funzioni che ineriscono all'incarico. Essa può derivare da negligenza, da mancanza o inadeguatezza della sorveglianza o del controllo o delle iniziative prese, da cui sia derivato ritardo nell'ultimazione ovvero irregolarità o difetti nell'esecuzione dell'opera.

Resta comunque fermo che l'attività che dispiega il D.L. deve ispirarsi a criteri razionali, secondo principi di ragionevolezza e normalità, e non deve essere tale, per incoerenza o contraddittorietà, da sconvolgere il piano esecutivo dell'impresa e togliere ogni carattere organico all'esecuzione. Tale attività deve sempre mirare alla realizzazione dell'opera in conformità del progetto e del contratto.

4. L'istituto della revisione dei prezzi.

L'istituto dell'adeguamento dei prezzi è stato introdotto dalla Legge finanziaria 2005 (legge

³⁴ Cfr. Zanobini, *Corso dir. Amm.*, I, 1954, 267 e 271; Giannini M.S., *Dir. amm.*, 772; G. Martini, *L'ordine di servizio nell'esecuzione delle opere pubbliche*, in *Rass. Lav. Pubbl.*, 1982, I, 111: «Gli ordini di servizio costituiscono esercizio di poteri o di diritti potestativi che all'amministrazione competono nell'applicazione dell'ingerenza che si è riservata. Hanno talvolta natura negoziale e nascono dal contratto; altre volte hanno natura non negoziale in quanto dichiarativi del contenuto del contratto e tendenti ad assicurare che questo abbia regolare esecuzione».

30 dicembre 2004, n. 311) all'allora vigente art. 26 della legge Merloni (commi 4-bis, ter, quater, quinquies, sexies e septies).

La legge Merloni all'art. 26, comma 3, come noto, ribadiva il principio dell'inapplicabilità all'appalto di lavori pubblici del sistema della revisione prezzi e dell'istituto civilistico di cui all'art. 1664 c.c.

Al meccanismo del prezzo chiuso³⁵ già previsto dalla originaria formulazione della legge, è stata affiancato un nuovo strumento di tutela dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali riconducibile all'istituto della revisione prezzi³⁶, oggi denominato adeguamento prezzi o cd "caro-acciaio".

La normativa nazionale, pertanto, già a partire dalla legge finanziaria per il 2005 (L. 30.12.2004, n. 311) ex comma 550 ó integrando l'art. 26 della L. 109/94 ó ha disposto che ai lavori eseguiti e contabilizzati a partire dal 1/1/2004 si applica l'adeguamento prezzi se il prezzo dei materiali da costruzione ha subito un aumento superiore al 10% rispetto al prezzo corrente nell'anno di presentazione dell'offerta. Tale circostanza (l'aumento di oltre il 10%) viene verificata dal Ministero delle Infrastrutture che a partire dal giugno 2005, e poi ogni anno, deve procedere ad una rilevazione del prezzo di riferimento dei materiali ed emettere un decreto in merito.

Più in particolare, il comma 4-bis così introdotto stabilisce che *in deroga a quanto previsto dal comma 3* qualora per effetto di circostanze *eccezionali* si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo di singoli materiali da costruzione, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata, però, solo per quella differenza che eccede il decimo.

La modifica dell'art. 26 introdotta con la Finanziaria consente l'applicazione della percentuale di variazione eccedente il 10% al prezzo dei materiali da costruzione utilizzati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente al decreto del Ministero delle Infrastrutture di cui al

³⁵ Cfr. art. 26, co. 4, L. 109/1994: *Per i lavori di cui al comma 3 si applica il prezzo chiuso, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso d'inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi. Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro dei lavori pubblici da emanare entro il 30 giugno di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento. In sede di prima applicazione della presente legge, il decreto è emanato entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge stessa.*

³⁶ Cfr. Cass. Civ., 6.5.1998, n. 4547: *Il prezzo chiuso consiste in una "forfezzazione convenzionale" dell'alea contrattuale mentre la revisione prezzi è volta esclusivamente a ristabilire il rapporto sinallagmatico.*

comma 4-quater.

Le quantità dei materiali cui applicare la compensazione vengono determinate dal direttore dei lavori.

Di rilievo è poi la disposizione di cui al comma 4-quinquies secondo cui òle disposizioni di cui ai commi 4-bis, 4-ter e 4-quater si applicano ai lavori eseguiti e contabilizzati a partire dal 1 gennaio 2004. A tal fine il primo decreto di cui al comma 4-quater rileva anche i prezzi dei materiali da costruzione più significativi rilevati dal Ministero per l'anno 2003. Per i lavori aggiudicati sulla base di offerte anteriori al 1 gennaio 2003 si fa riferimento ai prezzi rilevati dal Ministero per l'anno 2003.

Ciò significa che affinché scatti il nuovo regime revisionale è necessario e sufficiente che i lavori siano da eseguire dopo il primo gennaio 2004, mentre non rileva a tal fine né la data del bando, né quella dell'offerta, né quella del contratto; è invece decisiva la data di esecuzione (e di contabilizzazione) dei lavori, che, se successiva al 1° gennaio 2004, fa applicare inderogabilmente la nuova revisione dei prezzi.

Si rileva pertanto che a beneficiare del suddetto provvedimento straordinario, mirato a introdurre un meccanismo di compensazione degli extra-costi legati soprattutto all'emergenza ferro e petrolio scoppiata negli ultimi periodi, saranno tutte le imprese di costruzione che hanno eseguito o che stanno eseguendo opere pubbliche dopo il 1° gennaio 2004, a prescindere dalla data di aggiudicazione. Né potrà eccepirsi ó avverso tale applicazione ó l'esistenza di clausole di gara o di contratto che prevedono in qualunque modo il prezzo come òfisso ed invariabileö, in quanto la portata e la forza della disposizione di legge è tale da applicarsi anche (e soprattutto) a fattispecie pregresse ed è quindi tale da prevalere anche su clausole potenzialmente difformi.

Nella circolare prot. n. 871/CD del 4.8.2005 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sono state poi definite le modalità operative per l'applicazione delle nuove disposizioni relative alla disciplina economica dell'esecuzione dei lavori pubblici a seguito dell'emanazione del decreto ministeriale di cui all'art. 26, commi 4 - bis, 4 - quater e 4 - quinquies, della legge n. 109/1994 e successive modifiche e integrazioni.

In tale circolare si stabilisce innanzitutto che l'adeguamento si applica alle quantità contabilizzate in un determinato anno (es. 2004), sempre che si siano verificate circostanze eccezionali che abbiano determinato l'aumento del prezzo rispetto all'anno precedente (es. 2003) e sempre che l'offerta ricada in detto anno o negli anni precedenti.

E' stabilito che l'adeguamento è determinato dal direttore dei lavori nel seguente modo:

1. applicazione della percentuale di variazione stabilita nel decreto, dedotto il 10%, al prezzo del materiale rilevato dal decreto stesso, con riferimento all'anno di presentazione dell'offerta,

ottenendosi così il valore monetario della variazione del prezzo;

2. applicazione di tale valore monetario alle quantità del materiale contabilizzate nell'anno interessato dall'aumento del prezzo.

Il contenuto del novellato art. 26 è stato poi sostanzialmente riprodotto dall'art. 133 del D.lgs. n. 163/2006, (c.d. Codice De Lise, che è entrato in vigore il 1° luglio 2006).

Il Codice dei Contratti Pubblici ha quindi nuovamente confermato sia il divieto generale di procedere alla revisione prezzi per i contratti aventi ad oggetto lavori pubblici, sia il suddetto meccanismo derogatorio previsto, ora, al comma 4 dell'art. 133 del D.Lgs. 163/2006.

Tale deroga è possibile in presenza di presupposti tipizzati, tutte le volte in cui si verifichi un aumento imprevisto del prezzo dei singoli materiali da costruzione.

Tali circostanze sono riconducibili ad:

- un aumento determinato da ipotesi eccezionali;
- un aumento che ecceda del 10% il prezzo rilevato dal Ministero nell'anno di presentazione dell'offerta;
- un aumento che abbia avuto luogo nell'anno successivo a quello di presentazione dell'offerta e sia rilevato con decreto del Ministro entro il 30 di giugno dell'anno successivo alla variazione.

Pertanto, con la legge di conversione del decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, (L. 22 dicembre 2008, n. 201³⁷), il legislatore nell'affrontare i nuovi aumenti imprevedibili dei prezzi di alcuni materiali da costruzione ha previsto un ulteriore sistema di adeguamento prezzi in deroga all'art. 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis del D.Lgs. n. 163/2006.

Previsione quest'ultima che era stata oggetto dell'apposita segnalazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture al Governo e al Parlamento in data 31 luglio 2008. Secondo quanto sostenuto dall'Autorità *«la previsione normativa in materia di adeguamento prezzi, di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 133 del Codice dei contratti pubblici non sembra in grado di far fronte all'attuale situazione del mercato italiano e internazionale. Essa è infatti caratterizzata da ripetute fiammate della domanda di alcune specifiche materie prime e dei loro derivati che comportano sensibili aumenti dei relativi prezzi all'ingrosso. Tutto ciò lascia prevedere che il mercato continuerà ad essere caratterizzato, anche nel medio termine, da forti e*

³⁷ *«Per fronteggiare gli aumenti repentini dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2008, in deroga a quanto previsto dall'articolo 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rileva entro il 31 gennaio 2009, con proprio decreto, le variazioni percentuali su base semestrale, in aumento o in diminuzione, superiori all'otto per cento, relative all'anno 2008, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi í (omissis)».*

imprevedibili tensioni sui prezzi. In un siffatto contesto economico, il requisito dell'eccezionalità previsto dal comma 4 dell'art. 133, non risulta idoneo, da solo, a salvaguardare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni contrattuali.

Dalla normativa sopra esposta, si evince che il diritto dell'appaltatore all'adeguamento dei prezzi ó sia ai sensi dell'art. 133 del D.Lgs. 163/2006 che dell'art. 1 della L. 201/2008 - non è correlato in alcun modo all'eventuale dilazione dei tempi contrattuali imputabile a fatto e colpa della stazione appaltante, ma è strettamente connesso al solo verificarsi delle variazioni (oltre la percentuale indicata dalle citate disposizioni normative) del prezzo di mercato delle materie prime.

Ne deriva che in caso di ritardi imputabili alla stazione appaltante il meccanismo di riequilibrio della commessa non è rappresentato dall'adeguamento prezzi di cui alle sopra citate disposizioni normative, ma segue i principi generali in punto di risarcimento del danno.

4.1. L'adeguamento dei prezzi di cui all'art. 1 della L. 22.12.2008 n. 201.

Con la legge di conversione del decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162 (L. 22 dicembre 2008, n. 201), il legislatore nell'affrontare i nuovi aumenti imprevedibili dei prezzi di alcuni materiali da costruzione ha previsto un ulteriore sistema di adeguamento prezzi in deroga all'art. 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis del D.lgs. n. 163/2006.

Previsione quest'ultima che era stata oggetto dell'apposita segnalazione dell'Autorità per la Vigilanza di Lavori, Servizi e Forniture al Governo e al Parlamento in data 31 luglio 2008. Secondo quanto sostenuto dall'Autorità *«la previsione normativa in materia di adeguamento prezzi, di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 133 del Codice dei contratti pubblici non sembra in grado di far fronte all'attuale situazione del mercato italiano e internazionale. Essa è infatti caratterizzata da ripetute fiammate della domanda di alcune specifiche materie prime e dei loro derivati che comportano sensibili aumenti dei relativi prezzi all'ingrosso. Tutto ciò lascia prevedere che il mercato continuerà ad essere caratterizzato, anche nel medio termine, da forti e imprevedibili tensioni sui prezzi. In un siffatto contesto economico, il requisito dell'eccezionalità previsto dal comma 4 dell'art. 133, non risulta idoneo, da solo, a salvaguardare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni contrattuali.*

Dalla normativa sopra esposta, si evince che il diritto dell'appaltatore all'adeguamento dei prezzi ó ai sensi dell'art. 1 della L. 201/2008 ó è strettamente connesso al solo verificarsi delle variazioni (oltre la percentuale indicata dalle citate disposizioni normative) del prezzo di mercato delle materie prime. Alla luce dell'art. 1, comma 3 del D.L. n. 162/2008 ó secondo cui *«la compensazione è determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e*

contabilizzate dal direttore dei lavori nell'anno 2008 le variazioni in aumento o in diminuzione dei relativi prezzi rilevate dal decreto ministeriale di cui al comma 1 con riferimento alla data dell'offerta, eccedenti l'8 per cento se riferite esclusivamente all'anno 2008 ed eccedenti il 10 per cento complessivo se riferite a più anni o non emerge alcun obbligo in capo all'impresa appaltatrice di dimostrare, mediante documenti (quali fatture, contratti, dichiarazioni) i maggiori oneri sostenuti come avveniva invece negli anni ante 2008.

Ciò si spiega anche con l'eccezionalità degli eventi che hanno originato il nuovo correttivo accordato dal legislatore.

Infatti il D.L. n. 162/2008 all'art. 1, comma 1, afferma che *per fronteggiare gli aumenti repentini dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatesi nell'anno 2008, in deroga a quanto previsto dall'articolo 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rileva entro il 31 gennaio 2009, con proprio decreto, le variazioni percentuali su base semestrale, in aumento o in diminuzione, superiori all'otto per cento, relative all'anno 2008, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.*

Dalla lettura della norma sopra esposta e dalla ratio ad essa sottesa si evince che la nuova disciplina è dettata in via provvisoria e per ragioni di natura eccezionale o opera in piena deroga all'art. 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis. Come logico corollario, ne deriva che non sussiste alcun obbligo dell'impresa di documentare i maggiori oneri subiti a causa del rincaro dei prezzi delle materie prime con le suddette allegazioni documentali, come era invece previsto dalla circolare n. 871 del 4.8.2005 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nel vigore del solo art. 133 del D.lgs. n. 163/2006, non potendo la circolare essere applicata al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 26 della L. 109/94 (e, al massimo, dell'art. 133 del D.Lgs. 163/2006).

Peraltro, la stessa circolare citata (recante *Modalità operative per l'applicazione delle nuove disposizioni relative alla disciplina economica dell'esecuzione dei lavori pubblici a seguito dell'emanazione del decreto ministeriale di cui all'articolo 26, commi 4-bis, 4-quater e 4-quinquies, della legge 109/1994 e successive modifiche e integrazioni*) è stata oggetto in dottrina di rilievi critici proprio nel punto in cui afferma che l'appaltatore deve dare prova dell'effettiva maggiore onerosità subita, producendo adeguata documentazione, quale dichiarazione di fornitori o subcontraenti o altri mezzi di prova.

Desti infatti molte perplessità la previsione secondo cui l'appaltatore abbia l'onere di dimostrare i propri costi di offerta e di acquisizione, per valutare preliminarmente il sorgere dell'obbligo di riconoscimento a maggiori oneri, considerato che la fonte legislativa ancora detto riconoscimento alla semplice individuazione del decreto ministeriale.

In ogni caso ó quale che sia la corretta interpretazione da dare all'art. 26 della L. 109/1994 e al successivo art. 133 del D.lgs. n. 163/2006 - ciò che rileva, con l'entrata in vigore della L. 201/2008, è il riconoscimento dell'automatico diritto dell'appaltatore alla compensazione prezzi quale diretta e immediata conseguenza delle variazioni percentuali in aumento riportate dal nuovo decreto ministeriale.

In conclusione, per i casi in cui debba farsi riferimento alla disciplina espressa dalla legge n. 201/2008, essa opera in espressa deroga all'art. 133³⁸ e, a maggior ragione, alla circolare dell'agosto 2005 (applicativa dell'art. 26 della legge Merloni, oggi abrogato, anche se completamente riportato nell'art. 133 del D.lgs. n. 163/2006) e quindi anche in deroga all'obbligo precedentemente imposto dalla suddetta Circolare di comprovare documentalmente i maggiori oneri sopportati.

4.2. I maggiori costi per causa imputabile alla Committente: analisi dei profili giuridici e applicativi.

L'ipotesi che può occorrere nel pratico svolgersi del rapporto contrattuale d'appalto pubblico consiste nel fatto che i maggiori costi sostenuti dall'impresa siano imputabili alla condotta negligente della Stazione Appaltante a causa dei ritardi e omissioni durante la procedura di affidamento e nella fase di esecuzione del contratto.

Il prolungamento dei termini di esecuzione del contratto, la mancata tempestiva rimozione da parte dell'Amministrazione degli impedimenti presenti sulle aree di lavoro sono ipotesi di mancata collaborazione e cooperazione ostative per l'appaltatore alla realizzazione dei lavori nei tempi contrattuali previsti.

Su questa onda la giurisprudenza afferma che *“in tema di opere pubbliche, il dovere di cooperazione dell'amministrazione non ha carattere autonomo, ma va inteso come mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera, che costituisce lo scopo perseguito dalle parti, sebbene da posizioni contrapposte. Il dovere di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'amministrazione stessa di osservare tutti quei comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale del neminem laedere, siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore senza rappresentare per essa un apprezzabile sacrificio, e senza che la stessa sia tenuta al compimento di attività eccezionali per rimuovere ostacoli sopraggiunti ed imprevedibili”*.³⁹

³⁸ Cfr. Parere - Camera dei Deputati, Commissione VI, sede consultiva ó 4.12.2008.

³⁹ Cass. Civ., sez. I, 26.8.1997, n. 8014.

In tal senso la Suprema Corte in una decisione più recente afferma che *«anche nell'appalto di opere pubbliche, stante la natura privatistica del contratto, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'opus, un dovere o discendente dall'espresso riferimento contenuto nell'art. 1206 c.c. e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, che permeano la disciplina delle obbligazioni e del contratto o di cooperare all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto dall'appaltatore, necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio»*.⁴⁰

Quindi la cooperazione dovuta dalla Amministrazione è strumentale al fine di rendere possibile l'adempimento dell'obbligo dell'appaltatore di eseguire tempestivamente l'opera appaltata.

In tal senso, l'obbligo di cooperazione della committente nel contesto di un rapporto di appalto trova riscontro in una consolidata giurisprudenza che ha riconosciuto la piena responsabilità dell'Amministrazione appaltante per i maggiori oneri conseguenti al tardivo disbrigo di adempimenti che ad essa facevano carico.⁴¹

Dalla protrazione dei tempi contrattuali non imputabili all'impresa appaltatrice, ne deriva un danno necessariamente ristorabile dal momento che l'impresa interessata si trovi costretta a realizzare l'opera in un periodo in cui i prezzi subiscano aumenti e ad intraprendere nuovi accordi con fornitori sulla base quell'aumento, cui non sarebbe andata incontro ove l'eventuale ritardo non vi fosse stato.

La stessa natura commutativa del contratto d'appalto esige che l'appaltatore sia risarcito di tutti i maggiori oneri e danni sopportati conseguenti a un imprevedibile inadempimento della committente ai propri obblighi contrattuali.

D'altronde, la natura commutativa del contratto d'appalto, cui si ispira tutta la normativa pubblicistica, trova espressione attraverso gli istituti di salvaguardia della corrispondenza tra il valore di mercato dell'opera e il corrispettivo convenuto tra le parti.

Tale previsione ha trovato espressa conferma sia nel quadro della disciplina degli appalti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) sia in giurisprudenza.

Completamente in linea alla fattispecie è quella giurisprudenza in virtù della quale è meritevole di accoglimento la richiesta risarcitoria con la quale l'appaltatore domanda il ristoro dell'aggravio dei

⁴⁰ Cass. Civ., sez. I, 29.4.2006, n. 10052.

⁴¹ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 26.8.1997 n. 8014; Cass., Sez. I., 18.5.1994, n. 4869; lodo arbitrale 17.1.1994, n. 10, in AGOP 1996, 67; lodo arbitrale 10.6.1994, n. 107, ivi, 1996, 282.

costi dei materiali subito in dipendenza della dilatazione dei tempi di esecuzione.⁴²

È evidente come l'appaltatore sia titolare di un diritto al risarcimento dei danni a causa di uno straordinario incremento dei costi del materiale specifico da correlarsi in termini di causalità a un andamento dell'appalto totalmente stravolto rispetto alla sua programmazione iniziale, dagli inadempimenti della stazione appaltante.

Non vi sono dubbi che la dilazione dei tempi contrattuali per fatti non imputabili all'impresa e il conseguente slittamento temporale delle lavorazioni incida negativamente sulle economie produttive dell'appaltatore, caricandolo di maggiori e/o eccezionali oneri.

La giurisprudenza arbitrale ha più volte evidenziato il diritto dell'appaltatore a vedersi riconosciuti i maggiori oneri correlati a un incremento dei prezzi contrattuali straordinariamente elevato, per effetto di una dilatazione dei tempi imputabile a fatto e colpa dell'amministrazione.⁴³

Nel lodo 17 giugno 2002 è stata infatti accolta la pretesa dell'appaltatore con la quale si adduceva che il protrarsi di tali maggiori costi per il periodo oggetto delle riserve era conseguenza del prolungamento dell'appalto ben oltre il termine stabilito nel contratto, prolungamento a sua volta determinato dall'anomalo svolgimento del rapporto dovuto a fatti riconosciuti come imputabili alla stazione appaltante.

Da qui la richiesta del riconoscimento del pregiudizio subito che deve essere considerato come un danno integralmente risarcibile come tale per tutto il periodo di lavori eccedente quello contrattualmente previsto. Il Collegio aderendo a tale rilievo ha quindi ritenuto che l'importo da liquidare dovesse essere *quantificato a titolo di risarcimento del danno, e quindi tenendo conto di tutte le conseguenze economiche negative verificatesi a carico dell'appaltatore per aver dovuto continuare a sopportare gli oneri del maggior costo dei materiali nel periodo sito al di fuori dei termini contrattuali di svolgimento dei lavori appaltati o e quindi in misura ben maggiore di quella risultante dal conteggio elaborato del CTU in base alla pura e semplice applicazione del Decreto Martinat*; il Collegio, poi, ha riconosciuto che su tale somma, *giudicata dovuta a titolo di risarcimento del danno, debbono essere calcolati la rivalutazione monetaria più gli interessi legali progressivamente rivalutati, in conformità alla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di obbligazioni di natura risarcitoria e quindi di valore*.

Analoghe considerazioni sono contenute nel Lodo del 20.12.2007 in cui, accogliendo la pretesa dell'appaltatore, si è ritenuto che la richiesta *nell'ipotesi in questione, ha infatti chiaramente*

⁴² cfr. lodo 17.6.2002, in AGOP 2002, 1189; lodo 20.12.2007, in AGOP 2008, 380.

⁴³ cfr. lodo 13.6.2003, n. 60, in AGOP, n. 66/2004; lodo 30 giugno 2008.

natura risarcitoria, denotando petitum e causa pretendi differenti rispetto a quelli precedentemente esaminati, essendo finalizzata ad ottenere il ristoro dei maggiori oneri subiti in conseguenza dell'anomalo andamento dei lavori che ha determinato la sopportazione di un incremento dei costi dei materiali impiegati nell'esecuzione dei singoli magisteri.

In ordine alla quantificazione dei maggiori oneri risarcitori derivanti dai ritardi verificatisi in corso di esecuzione, si ritiene che il termine di riferimento iniziale sia rappresentato sempre dalla data dell'offerta, considerato che anche ai sensi della disciplina di cui all'art. 133 del D.Lgs. 163/2006 è questa la data di partenza per effettuare il raffronto con i prezzi sopportati in fase esecutiva.

Pertanto, indipendentemente dall'eventuale ritardo che sia occorso, in ipotesi astratta, per la stipula di un contratto e dalla vincolatività dell'offerta per gli ordinari 180 giorni, il ritardo in fase esecutiva appare di per sé assorbente e tale da legittimare - al pari di quanto accade in punto di adeguamento dei prezzi ex art. 133 citato - l'assunzione della data dell'offerta come termine di riferimento iniziale.

In conclusione, si può affermare che un appaltatore ha diritto al (solo) adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133 del D.lgs. 163/2006 e dell'art. 1 del D.L. 162/2008 laddove non vi sia alcun ritardo imputabile alla stazione appaltante e si sia semplicemente verificato un incremento dei prezzi di mercato rilevante ai sensi di tali prescrizioni.

Viceversa, ove i ritardi dell'appalto siano imputabili a fatto e colpa della stazione appaltante, entra in gioco il diverso meccanismo di una classica richiesta di risarcimento del danno che, ove adeguatamente provata, legittima il riconoscimento dei maggiori costi patiti, senza l'applicazione di alcuna alea, dall'epoca dell'offerta alla data di esecuzione dei lavori.

Sul punto è rilevante, come detto, l'orientamento giurisprudenziale sopra citato secondo cui, in materia di appalto di opere pubbliche, se vi è colpa del committente e, quindi, risultano ad essa addebitabili fatti per effetto dei quali la ritardata esecuzione dei lavori sia venuta a coincidere con un periodo di prezzi crescenti, l'appaltatore ha diritto ad essere pienamente reintegrato di tutti i maggiori oneri da esso sopportati per fatto imputabile alla stazione appaltante (e che non avrebbe certamente sopportato mediante un'esecuzione tempestiva dei lavori), qualunque sia l'entità dell'aumento dei costi dei materiali, senza alcuna detrazione di alea e senza alcuna pregiudiziale circa l'entità delle ripercussioni di tali maggiori oneri sul complessivo costo.

In tal caso, si è altresì ritenuto in dottrina che il diritto all'aggiornamento prezzi ex art. 133 del D.Lgs. 163/2006 possa addirittura cumularsi con il diritto al risarcimento dei maggiori oneri connessi alle variazioni in aumento dei prezzi di mercato derivanti dal comportamento inadempiente dalla P.A. (trattandosi di richieste che presuppongono titoli giuridici diversi), semprechè, ovviamente, non si addivenga per tale via ad una duplicazione delle stesse voci ristrate.

Ciò esaminato, vale ulteriormente precisare che in ordine all'adeguamento da riconoscere ai sensi dell'art. 133 del D.lgs. 163/2006 il comma 6-bis dell'art. 133 stabilisce che *«a pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante la istanza di compensazione, ai sensi del comma 4, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana del decreto ministeriale di cui al comma 6»*.

Sulla scia di tale prescrizione, il nuovo art. 1 della L. 201/2008 prevede - per l'adeguamento ivi tipizzato - che *«per variazioni in aumento, a pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante la istanza di compensazione entro trenta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana del decreto ministeriale di cui al comma 1»*.

In precedenza, invece, la circolare prot. n. 871/CD del 4.8.2005 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nel definire le modalità operative per l'applicazione del suddetto meccanismo revisionale escludeva che la domanda dell'appaltatore fosse soggetta all'onere di tempestiva iscrizione di riserva negli atti contabili.

Al di là delle pur differenti modalità (formali) di iscrizione di tali voci, nelle situazioni concrete rileverà in genere il fatto che l'appaltatore intenda far valere non la compensazione ai sensi delle sopra citate prescrizioni di legge, bensì a titolo squisitamente risarcitorio.

E, a tale titolo, risulta pacifico che l'appaltatore debba adottare necessariamente l'istituto della riserva.

Già dal combinato disposto del R.D. n. 350 del 1895, artt. 16, 54 e 64, e D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 26 si ricavava che *«l'appaltatore di opera pubblica, ove voglia contestare la contabilizzazione dei corrispettivi effettuata dall'amministrazione e/o avanzare pretese comunque idonee ad incidere sul compenso complessivo spettategli, è tenuto ad iscrivere tempestivamente apposita riserva nel registro di contabilità o in altri documenti contabili (art. 54, comma 1), ad esporre, poi, nel modo e nei termini indicati dalla legge, gli elementi idonei ad individuare la sua pretesa nel titolo e nella somma (art. 54, comma 3), ed a confermare, infine, la riserva all'atto di sottoscrizione nel conto finale»* (art. 64).

Tale disciplina è stata poi sostanzialmente riprodotta all'art. 165 del D.P.R. n. 554/1999 e all'art. 31 del D.M. n. 145/2000.

5. Ultimazione dei lavori e penali.

Nell'ambito di un appalto di opere pubbliche o di una concessione di lavori pubblici il termine di ultimazione dei lavori assume funzione preminente, essendo interesse della amministrazione appaltante disporre dell'opera affidata secondo la tempistica prestabilita; può

accadere, però, che l'appaltatore o il concessionario ritardi nell'esecuzione dei lavori per sua negligenza.

La scadenza del termine senza che l'appaltatore abbia realizzato l'opera produce le conseguenze comuni a tutti i contratti, ivi inclusa la possibilità per la stazione appaltante di agire per la risoluzione del contratto per inadempienza.

Tuttavia, essendo praticamente poco opportuna la risoluzione del contratto quando l'opera sia comunque in corso di realizzazione, la stazione appaltante - in forza della normativa vigente - si cautela per i danni conseguenti al ritardo pattuendo in contratto l'obbligo per l'appaltatore di versare una penale commisurata ad ogni giorno di ritardo; tale pattuizione, peraltro, mira anche a sollecitare e stimolare l'appaltatore alla tempestiva ultimazione dell'opera all'adempimento delle sue obbligazioni e, allo stesso tempo, non preclude al committente l'esercizio dell'azione di risoluzione.

Si evidenzia che la legge disciplina le modalità di applicazione delle penali esclusivamente per quanto riguarda gli appalti di lavori, mentre nulla specifica in relazione agli appalti di servizi.

Per quanto riguarda la legge, l'art. 133 del D.Lgs. 163/06 sancisce che *«i progettisti e gli esecutori di lavori pubblici sono soggetti a penali per il ritardato adempimento dei loro obblighi contrattuali. L'entità delle penali e le modalità di versamento sono disciplinate dal regolamento»*.

A sua volta, l'art. 117 del DPR 554/99, al comma 3, sancisce esplicitamente che *«per il ritardato adempimento delle obbligazioni assunte dagli esecutori di lavori pubblici, le penali da applicare sono stabilite dal responsabile del procedimento, in sede di elaborazione del progetto posto a base di gara ed inserite nel capitolato speciale d'appalto, in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, e comunque complessivamente non superiore al 10 per cento, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate all'eventuale ritardo»*.

Le penali, pertanto, rappresentano la quantificazione forfettaria dei danni discendenti dal ritardo nell'esecuzione delle opere e, in relazione alla loro specificazione, la legge lascia libero il Responsabile del procedimento di commisurare le penali in relazione alle conseguenze dei ritardi stabilendo però un limite, giornaliero e totale, nel range dettato dalle norme di legge.

La penale, pertanto, risulta proporzionata all'importanza del lavoro ed è graduata in base all'interesse che l'amministrazione ha, nel singolo caso, alla tempestiva esecuzione dell'opera e svolge sia una funzione satisfattoria dei danni da ritardo, sia una sanzione economica destinata a funzionare come coazione indiretta al puntuale adempimento.

In particolare, per quanto riguarda il totale delle somme da richiedere all'appaltatore a titolo di penale, non risulta possibile imputare a titolo di penale una somma maggiore del 10% dell'importo dell'appalto.

Tale limite massimo tende ad evitare che le penalità finiscano con l'esaurire il valore del contratto: poiché il 10% corrisponde normalmente all'utile d'impresa, l'eventuale superamento di tale percentuale imporrebbe all'appaltatore di operare in perdita, con definitivo pregiudizio dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera a regola d'arte. In conclusione, l'art. 117, comma 3 non ha fatto altro che recepire e specificare in modo puntuale un principio già pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza anche nel precedente regime.

Pertanto la somma massima richiedibile all'appaltatore per i ritardi nell'esecuzione della prestazione potrà essere pari al massimo al 10% della somma indicata all'interno del contratto come corrispettivo, salvo che lo specifico contratto di servizi preveda diversamente.

Da quanto detto emerge che in via astratta l'amministrazione non può pretendere il ristoro dei danni che superino il valore della penale (poiché la penale limita il risarcimento all'ammontare per essa stabilito) e, d'altra parte, l'amministrazione non può neanche rinunciare alla penale e pretendere, al suo posto, l'intero risarcimento del danno effettivamente patito e ciò in quanto il contratto - dovendo attenersi alle disposizioni di legge - non può prevedere altro che la penale per il caso in cui l'opera sia ultimata in ritardo.

Dovendo, quindi, il contratto precisare *ex ante* la sanzione da applicare nel caso di ritardata ultimazione dell'opera e poiché, per legge, tale sanzione è commisurata unicamente al valore della penale, l'amministrazione in corso d'opera non può far valere il diritto al risarcimento dei danni di fatto subiti in luogo della penale prevista.

In altri termini, quando l'amministrazione non dia luogo alla risoluzione del contratto per il ritardo colpevole dell'appaltatore rispetto al termine di ultimazione contrattuale dei lavori, essa deve applicare la penale nell'importo predeterminato; ne consegue che, poiché non è possibile pattuire la risarcibilità del danno ulteriore, l'applicazione della penale limita al suo ammontare il risarcimento.

Ulteriori inadempimenti potranno essere fatti valere non in via di applicazione delle penali, bensì attraverso un procedimento di risoluzione in danno dell'appaltatore, con conseguente possibilità di escutere la cauzione, evidentemente anche a prescindere dal superamento del limite del 10% sopra indicato.

6. Cauzione provvisoria e definitiva: quadro normativo.

Il sistema delle cauzioni negli appalti pubblici assume un ruolo preminente e fondamentale per la tutela dell'interesse pubblico.

Per questo motivo il legislatore ha sempre riservato a questa disciplina una particolare attenzione.

Come è noto il D.lgs 12 aprile 2006, n. 163 ha disciplinato in un unico *corpus* normativo le varie disposizioni in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il Codice ha peraltro riconfermato la distinzione tra le garanzie e la coperture assicurative richieste per la fase di aggiudicazione e quelle per la fase di esecuzione dell'appalto.

E' altresì noto che per i contratti stipulati anteriormente al 1° luglio 2006 risulta *ratione temporis* applicabile la Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. "Legge Merloni") contenente disposizioni in materia di appalti pubblici di lavori.

Per gli appalti di lavori, quindi, durante la fase di aggiudicazione dell'appalto, i concorrenti a norma dell'art. 30 commi 1 e 2 *bis* della L. 109/1994 dovevano corredare l'offerta di una cauzione pari al due per cento dell'importo indicato nel bando di gara o nella lettera di invito. Scopo di questa fideiussione (nota come cauzione provvisoria) è quello di garantire la serietà e la congruenza dell'offerta e, quindi, di evitare che per fatto riconducibile all'affidatario non si giunga alla sottoscrizione del contratto. Solo, quindi, al momento della stipula del contratto si procederà al suo svincolo.

La fideiussione provvisoria può essere, a scelta del concorrente:

- bancaria;
- assicurativa;
- rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Questa garanzia deve prevedere la sua operatività entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante (art. 100 Dpr. 554/1999).

In uno con l'offerta, il concorrente deve anche presentare l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto, nel caso in cui risultasse affidatario. Una volta individuato l'esecutore del contratto e svincolata la cauzione provvisoria, il vincitore dovrà quindi costituire una garanzia fideiussoria pari al 10 per cento dell'importo contrattuale (la cauzione definitiva) ai sensi dell'art. 30 comma 2 L. 109/1994. Essa è dovuta a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto e, quindi, a copertura degli oneri per il mancato od inesatto adempimento.

Il comma 2 prevede una particolare modalità di svincolo della cauzione, che avviene in maniera progressiva a misura dell'avanzamento dell'esecuzione dell'appalto.

In sostanza, lo svincolo è automatico ad ogni stato di avanzamento lavori, nel limite massimo del 75 per cento dell'iniziale importo garantito, senza che vi sia la necessità di un esplicito benestare da parte della stazione appaltante.

La cauzione definitiva cessa di avere effetto alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

6.1. Integrazione della polizza fidejussoria a seguito di variante.

Per ognuna delle diverse fasi della realizzazione di un'opera pubblica, progettazione, affidamento ed esecuzione nonché collaudo, il legislatore ha imposto specifiche coperture assicurative.

Occorre premettere che la cauzione definitiva ha funzione di garanzia per tutte le obbligazioni derivanti dal contratto (sia di quelle assunte originariamente sia di quelle assunte per effetto di varianti, siano esse inferiori o superiori al 20%). In altri termini, essa salvaguarda la stazione appaltante non solo per il risarcimento dei danni derivanti da inadempimento contrattuale, ma anche per le maggiori spese sostenute dall'amministrazione per il compimento dei lavori non eseguiti dall'appaltatore, oltre che per il rimborso dei crediti vantati, nei confronti di quest'ultimo, dall'amministrazione stessa in rapporto all'appalto. Da ciò consegue che l'aumento dell'importo contrattuale, a seguito di perizia di variante e suppletiva (sia essa inferiore o superiore al 20%), accettata dall'appaltatore con atto di sottomissione o aggiuntivo, comporta un proporzionato ampliamento dei rischi da garantire. La cauzione già corrisposta deve essere, quindi, integrata in quantità rapportata al *surplus* d'importo, prodotto dalle varianti.

Trattandosi di principio pacifico, nella normativa vigente (di legge e regolamentare) non si rinviene alcun riferimento specifico, nel senso sopra indicato.

Per mera completezza di disamina, si indica solamente che già una determinazione della Corte dei conti, datata 27 giugno 1951, ha riconosciuto e fissato, al riguardo, l'obbligo d'integrazione della cauzione definitiva in seguito alla variante suppletiva dei lavori oggetto di un appalto pubblico.

Tuttavia, anche in assenza di pronunzie giurisprudenziali sull'argomento, è proprio nel tessuto normativo vigente che possono essere rintracciare a livello sistematico le disposizioni che individuano chiare responsabilità per il soggetto che presta le garanzie per la realizzazione dei lavori e, con esse, l'obbligo di rilasciare all'appaltatore le appendici fideiussorie necessarie, quali che esse siano e quale che ne sia l'importo.

Seguendo in ordine temporale l'ipotetico evolversi di un appalto, il primo momento nel quale il Legislatore dispone tale garanzia è rappresentato dalle cauzioni che il concorrente per legge è tenuto a presentare a corredo dell'offerta che viene presentata in sede di gara.

L'art. 100, comma 2, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 sancisce che *«La cauzione provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno di un fidejussore verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto o della concessione.»*

Dalla disposizione appena citata (oggi trasfusa nell'art. 75, comma 8, del D.Lgs. 163/2006) si desume agevolmente la volontà del Legislatore di circondare la fase dell'affidamento dell'appalto con particolari garanzie per la P.A., che si vede appunto, come la prassi insegna, coperta da eventuali inadempienze dell'appaltatore già dal momento nel quale i concorrenti presentano le proprie offerte.

La P.A., infatti, attraverso questa procedura, non solo vede diminuire i tempi procedurali, potendo contare già sull'impegno del fideiussore a prestare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, ma risulta soprattutto protetta riponendo il proprio affidamento su un soggetto già rivelatosi affidabile in sede di valutazione dell'offerta e dunque, con ogni probabilità, idoneo anche a prestare la successiva e definitiva garanzia.

L'art. 101, comma 1, D.P.R. 554/1999 (anch'esso trasfuso in parte nel D.Lgs. 163/2006 nell'art. 113, comma 5) aggiunge un altro tassello utile per l'individuazione degli obblighi del fideiussore, laddove sancisce che *«La cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.»*

Da tale disposizione si può dedurre che una volta prestata la cauzione definitiva, atta a garantire la P.A. nella fase di esecuzione dell'appalto, essa debba permanere per tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale e, quindi, la singola società assicurativa interessata sia per ciò solo obbligata a integrare la polizza prestata tutte le volte in cui la PA lo richieda o sia necessario. Né, dall'altra parte, appare ipotizzabile che la PA possa ricevere polizze di soggetti diversi a seconda che esse accedano al contratto principale ovvero agli atti aggiuntivi, in quanto l'unicità del contratto di appalto e della sua esecuzione impone anche la responsabilità di un unico fideiussore.

7. Pagamenti e interessi.

La normativa di dettaglio è composta dagli artt. 29, comma 1, e 30 del D. M. 145/2000, disciplinanti il pagamento dei corrispettivi nei lavori pubblici.

Recita l'art. 29, comma 1: *«Il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto non può superare i quarantacinque giorni a decorrere dalla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori a norma dell'articolo 168 del regolamento. Il termine per disporre il pagamento degli importi dovuti in base al certificato non può superare i trenta giorni a decorrere dalla data di emissione del certificato stesso.»*

Prosegue l'art. 30: *«1. Qualora il certificato di pagamento delle rate di acconto non sia emesso entro il termine stabilito ai sensi dell'articolo 29 per causa imputabile alla stazione appaltante spettano all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute, fino alla data di emissione di detto certificato. Qualora il ritardo nella emissione del certificato di pagamento superi i sessanta giorni, dal giorno successivo sono dovuti gli interessi moratori. 2. Qualora il pagamento della rata di acconto non sia effettuato entro il termine stabilito ai sensi dell'articolo 29 per causa imputabile alla stazione appaltante spettano all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Qualora il ritardo nel pagamento superi i sessanta giorni, dal giorno successivo e fino all'effettivo pagamento sono dovuti gli interessi moratori. 3. Qualora il pagamento della rata di saldo non intervenga nel termine stabilito dall'articolo 29 per causa imputabile alla stazione appaltante, sono dovuti gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute; sono dovuti gli interessi moratori qualora il ritardo superi i sessanta giorni dal termine stesso. 4. Il saggio degli interessi di mora previsti dai commi 1, 2 e 3 è fissato ogni anno con decreto del Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Tale misura è comprensiva del maggior danno ai sensi dell'articolo 1224, secondo comma, del codice civile.»*

Gli interessi, come è noto, sono una particolare obbligazione accessoria di tipo pecuniario che si aggiunge ad una obbligazione detta invece principale. Si dicono interessi legali quelli previsti dalla legge, convenzionali quelli stabiliti dalle parti contrattualmente in deroga alla misura prevista per legge, moratori quelli derivanti dall'ulteriore ritardo nel pagamento dovuto.

La disciplina generale in materia di interessi è rinvenibile nel Codice Civile, dove numerose norme regolamentano singoli aspetti di questo istituto: in via esemplificativa e non esaustiva, possono essere indicati l'art. 1224, l'art. 1282, comma 1 e l'art. 1284.

De converso, il mancato pagamento delle somme di denaro dovute dalle amministrazioni aggiudicatrici alle imprese esecutrici è stato oggetto di apposita normativa da parte del Legislatore, che ha voluto così statuire regole speciali (rispetto al Codice Civile) per il settore dei lavori pubblici. Attualmente, i termini di adempimento, le penali e gli adeguamenti dei prezzi sono

disciplinati dall'art. 133, comma 1 del D. Lgs. 163/2006⁴⁴. L'articolo in oggetto ha mutuato il suo contenuto dall'art. 26, comma 1, della L. 109/2004. Ad integrare il dettato normativo appena menzionato è il D.P.R. 554/1999, il quale all'art. 116 ó rubricato per l'appunto *“Ritardato pagamento”* ó sancisce che *“1. Nel caso di ritardato pagamento delle rate di acconto rispetto ai termini indicati nel capitolato generale o speciale sono dovuti gli interessi a norma dell'articolo 26, comma 1, della Legge. 2. I medesimi interessi sono dovuti nel caso di ritardato pagamento della rata di saldo rispetto ai termini previsti dall'articolo 28, comma 9, della Legge, con decorrenza dalla scadenza dei termini stessi. 3. Nel caso di concessione di lavori pubblici il cui prezzo sia da corrisondersi in più rate annuali, il disciplinare di concessione prevede la decorrenza degli interessi per ritardato pagamento. 4. L'importo degli interessi per ritardato pagamento viene computato e corrisposto in occasione del pagamento, in conto e a saldo, immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo, senza necessità di apposite domande o riserve.”*

Le norme sin qui elencate disciplinano in maniera diversa la materia degli interessi rispetto ai precetti generale di matrice civilistica precedentemente individuati, senza tuttavia indicare la possibilità di una totale deroga ad alcuna forma di ristoro per il privato contraente dalla mancata fruizione della somma a lui dovuta nei tempi previsti.

Di talché sembrerebbe potersi affermare che nel settore dei lavori pubblici, la natura pubblicistica del debitore non ponga alcuna sorta di derogabilità al diritto del privato creditore all'ottenimento degli interessi legali nonché moratori maturati dal tardivo pagamento della PA.

Tale interpretazione è stata sposata dalla stessa Cassazione,⁴⁵ la quale ha affermato che *“Con riguardo ai contratti stipulati dalla P.A., le regole di diritto privato sull'esatto adempimento delle obbligazioni si applicano anche ai debiti dell'amministrazione medesima e, in caso di colpevole ritardo nella loro liquidazione, l'eventuale esigenza di adottare le procedure della contabilità pubblica non giustifica la deroga né al principio della responsabilità del debitore per l'inesatto o tardivo adempimento della prestazione (responsabilità che si attua con la corresponsione degli interessi moratori come forma di risarcimento minimo), né a quello che identifica la decorrenza degli interessi con il giorno della costituzione in mora.”*

⁴⁴ Art. 133, comma 1: *“In caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti e alla rata di saldo rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal contratto, che non devono comunque superare quelli fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministro delle infrastrutture e del trasporto, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ferma restando la sua facoltà, trascorsi i termini di cui sopra o, nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto, per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale, di agire ai sensi dell'articolo 1460 del codice civile, ovvero, previa costituzione in mora dell'amministrazione aggiudicatrice e trascorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere il giudizio arbitrale per la dichiarazione di risoluzione del contratto.”*

⁴⁵ Cass. civ. Sez. Unite, 08 febbraio 1995, n. 1446.

Al fine di spiegare ulteriormente le regole cristallizzate dal Legislatore in merito agli interessi maturabili dal mancato pagamento dei SAL nell'ambito dei lavori pubblici, è appena il caso di rilevare che tale argomento è stato ampiamente dipanato dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, la quale con la determinazione n. 5/2002, del 27 marzo 2002, ha inteso chiarire il fenomeno dei ritardati pagamenti negli appalti di lavori pubblici: «(1) A partire dalla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori, (1), il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti non può superare i 45 giorni. Una volta emesso il certificato, il pagamento va disposto mediante specifico ordine (mandato) entro i 30 giorni successivi.

Ove il certificato venga emesso oltre i 45 giorni suddetti, vanno riconosciuti all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Se il ritardo supera i 60 giorni, dovranno essere corrisposti dal giorno successivo gli interessi moratori.

Qualora il pagamento sia effettuato oltre i 30 giorni dalla data di emissione del certificato, gli interessi legali scattano dal giorno successivo fino al sessantesimo giorno di ritardo, data a partire dalla quale sono dovuti gli interessi di mora. Presupposto essenziale è comunque che il ritardo sia imputabile all'Amministrazione.

Per quanto concerne il pagamento della rata di saldo il Capitolato Generale ribadisce il termine, previsto dall'art.28 co. 9 della Legge quadro, dei 90 giorni successivi all'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione, a sua volta da emettersi rispettivamente entro sei mesi ed entro tre mesi dall'ultimazione dei lavori.

Sempre ai sensi del Capitolato Generale, ove l'appaltatore non abbia preventivamente presentato la garanzia fidejussoria prevista dall'art. 28 co.9 della Legge a copertura della stessa rata di saldo, il termine di 90 giorni decorre dalla data della presentazione della stessa; se si verificano ritardi rispetto a tale termine, scattano gli interessi legali e quindi, dal sessantesimo giorno di ritardo, quelli di mora.

Inoltre, il saggio degli interessi di mora è comprensivo del maggior danno ai sensi dell'art.1224, comma 2, cod .civ..

(1) si formulano le seguenti osservazioni.

1. In ordine alla problematica concernente l'applicabilità del disposto di cui all'art. 1194 c.c. in materia di imputazione del pagamento nei casi di pagamento effettuato con ritardo dalla pubblica amministrazione, si ritiene che la disciplina della tardiva emissione dei certificati di pagamento e dei titoli di spesa è da ricondursi nell'ambito delle previsioni codicistiche, nella scia del riconoscimento, già effettuato dalla giurisprudenza, di una sostanziale parità fra pubblica amministrazione e soggetti privati nei rapporti contrattuali. Ne discende che, ove non diversamente e pattiziamente statuito, trova applicazione il disposto di cui all'articolo 1194 c.c., che prevede che

il pagamento stesso non possa essere imputato al capitale senza il consenso del creditore e che il pagamento fatto in conto di capitale ed interessi debba essere imputato prima agli interessi.

*L'applicabilità della norma in questione presuppone chiaramente la contemporanea esigibilità del credito sia per il capitale che per gli interessi e le spese, nel senso di infruttuoso decorso dei termini fissati per l'amministrazione per provvedere ai pagamenti stessi.*⁴⁶

⁴⁶ Prosegue l'Autorità: «2. Per quanto concerne l'ambito applicativo dell'articolo 1224, 2 comma, c.c. si osserva quanto segue.

L'articolo 26 della legge 109/94 e s.m.i. prevede che gli interessi sono dovuti «in caso di ritardo» da parte dell'amministrazione ed il loro importo, ai sensi del comma 4 dell'articolo 116 del DPR 554/99, viene «corrisposto in occasione del pagamento, in conto e a saldo, immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo, senza necessità di apposite domande o riserve»: la previsione dell'automatica decorrenza degli interessi moratori, sia pure nel presupposto di cui al primo comma dell'articolo 30 del capitolato generale «della causa imputabile alla stazione appaltante», una volta scaduto il termine previsto dal capitolato speciale o, in mancanza di specifica previsione, da quello generale, costituisce una deroga all'articolo 1219 c.c. in ordine all'onere della previa costituzione in mora.

La disciplina codicistica sull'adempimento delle obbligazioni trova previsioni derogatorie nelle norme del capitolato generale, innanzitutto nella previsione dei termini per l'emissione dei titoli di liquidazione e di spesa, ai sensi dell'articolo 29 dello stesso capitolato, che tengono conto dei fisiologici tempi necessari all'organizzazione e all'attività procedimentale della pubblica amministrazione. Inoltre, la normativa citata prevede che l'osservanza dei termini fissati per causa imputabile alla stazione appaltante comporta il pagamento all'appaltatore degli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute, nonché qualora il ritardo superi i 60 giorni, il riconoscimento degli interessi moratori determinati annualmente con apposito decreto ministeriale; detti ultimi interessi moratori sono dovuti dal giorno successivo e sono comprensivi del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, comma 2, codice civile.

Al riguardo si osserva che, in primo luogo, il solo presupposto oggettivo del ritardo non è sufficiente a determinare l'obbligo della corresponsione degli interessi, dovendosi inoltre verificare la condizione dell'imputabilità alla stazione appaltante del ritardo stesso. Da ciò consegue che sono improduttivi di interessi a carico della stazione appaltante i ritardi imputabili ad eventi non dipendenti dal committente, quali l'ipotesi di causa di forza maggiore ovvero fattispecie riconducibili a fatto dello stesso appaltatore.

In secondo luogo, occorre rilevare che il legislatore, disponendo che gli interessi di mora comprendono anche il risarcimento dell'eventuale maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c., ha inteso preventivamente determinare in via forfetaria e con criteri certi l'ammontare del danno da ritardo nei pagamenti.

Occorre ora chiedersi se detta quantificazione preventiva estingua in toto la pretesa risarcitoria dell'appaltatore per danno abnorme ovvero se gli interessi di mora comprensivi del maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c. non siano di per sé idonei a coprire tutte le possibili variabili sottese alle singole fattispecie, quali le dimensioni e la situazione economica dell'impresa appaltatrice, l'entità dei lavori oggetto dell'appalto, l'entità del tasso di inflazione.

Al riguardo si ritiene che, anche in tali ipotesi, sussista la piena operatività dell'articolo 1224, comma 2 del c.c., assunto che trova conferma nella recente decisione della Corte di Cassazione (sentenza 9653 del 17.7.2001) che ha posto fine al contrasto della giurisprudenza sulla questione se la somma liquidata a titolo di interessi per il ritardo del pagamento di somma capitale ai sensi degli articoli 35 e 36 del DPR 1063/1962 (oggi articoli 29 e 30 del DM 145/2000) per il ritardo del pagamento degli acconti e del saldo degli appalti di opere pubbliche sia suscettibile o meno di rivalutazione monetaria.

Le Sezioni Unite della Corte hanno stabilito infatti che «a tutte le obbligazioni aventi ad oggetto originario il pagamento di una somma di denaro sulla quale spettino interessi di qualsiasi natura, compresi quelli di cui agli articoli 35 e 36 del capitolato generale di appalto per le opere pubbliche approvato con DPR 1063/1962 è applicabile, in mancanza di usi contrari, la regola dell'anatocismo dettata dall'articolo 1283 c.c., dovendo escludersi che il debito per interessi, anche quando sia stata adempiuta l'obbligazione principale, si configuri come una qualsiasi obbligazione pecuniaria, dalla quale derivi il diritto agli ulteriori interessi dalla mora nonché al risarcimento del maggior danno ex articolo 1224, secondo comma del codice civile».

In conclusione, quindi, si ritiene che la disciplina in materia di ritardati pagamenti contenuta nell'art. 26 della legge 109/94 e s.m.i. e negli artt. 29 e 30 del D.M. 145/2000 copre ogni ipotesi di conseguente danno, in concreto derivatone, e può essere validamente opposta ad ogni ulteriore pretesa risarcitoria.

In alternativa al sistema sopra delineato di preventiva determinazione dell'ammontare del danno per ritardati pagamenti, l'art. 26, comma 1, della legge quadro, fa salva la facoltà dell'appaltatore di agire ai sensi dell'art. 1460 c.c. che consente allo stesso, indipendentemente dalle ragioni del ritardo, purché ascrivibile all'amministrazione, di adottare l'eccezione di inadempimento, interrompendo l'esecuzione dei lavori con le conseguenze da ciò derivanti in termini di diseconomicità dell'intervento.

La giurisprudenza è intervenuta anch'essa nella specificazione ulteriore del diritto nascente per l'appaltatore dal mancato pagamento del credito, osservando che «A norma dell'articolo 116 del D.P.R. n. 554 del 1999 (regolamento di attuazione della legge n. 109 del 1994 sui lavori pubblici), il credito dell'appaltatore di lavori pubblici per gli interessi di mora sul corrispettivo dell'opera sorge in virtù del mero ritardo nell'adempimento, senza necessità di formalità ulteriori o atti di messa in mora dell'amministrazione committente».⁴⁷

8. La sospensione dei lavori.

L'eventuale sospensione dei lavori⁴⁸ può avvenire tanto per iniziativa dell'appaltatore quanto per iniziativa dell'amministrazione appaltante, fermo restando che il legittimo potere di disporre la

3. In ordine alla possibilità di prevedere in contratto tassi di interesse differenziati in relazione alla durata dei ritardi ed alla relativa incidenza sull'importo contrattuale, si ritiene che ciò rientri nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti che possono sempre derogare al saggio legale fissando il tasso d'interesse in misura superiore od inferiore (cd. interessi convenzionali).

A tal fine occorrerebbe prevedere nel capitolato speciale uno scadenario sulla base del quale differenziare i tassi di interesse per i pagamenti in ragione del ritardo accumulatosi. (í)

Si ritiene che l'ipotesi di una applicazione estensiva della direttiva agli artt. 29 e 30 del DM 145/2000 non sia percorribile, in quanto se da un lato per interpretazione estensiva si intende l'accoglimento di un significato che si estende fino ai limiti massimi della portata semantica, secondo l'uso linguistico generale, dell'espressione da interpretare, dall'altro si ricorre al procedimento analogico nel caso di lacuna dell'ordinamento.

Tuttavia, la strada percorsa dalla direttiva appare in linea con l'attuale orientamento dottrinale e giurisprudenziale che sempre maggiormente si risolve nel riconoscimento di una par condicio fra amministrazione e privati con applicazione quindi di regole paritarie e di abbandono di quella posizione di supremazia riconosciuta in passato all'autorità pubblica in nome della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato.

Al riguardo l'Autorità si riserva di effettuare apposita segnalazione al Governo ed al Parlamento.

4. In relazione alla eventuale computabilità dei tempi della Cassa Depositi e Prestiti ai fini del calcolo del tempo contrattuale medio per la decorrenza degli interessi di ritardato pagamento, il comma 3.2 dell'articolo 13 del decreto legge 28.2.1983 n. 55 convertito con legge 26.4.1983 n. 131, prevede che qualora la fornitura di beni e servizi venga effettuata con ricorso a mutuo della Cassa Depositi e Prestiti, il calcolo del tempo contrattuale per la decorrenza degli interessi di ritardato pagamento non tiene conto dei giorni intercorrenti tra la spedizione della domanda di somministrazione e la ricezione del relativo mandato di pagamento presso la competente sezione di tesoreria provinciale, purchè tale circostanza sia stata richiamata nel bando di gara.

Al riguardo si osserva che, trattandosi di norma derogatoria al generale principio della responsabilità patrimoniale del soggetto che incorre nel ritardo a corrispondere il pagamento, non sembra ad essa applicabile un'interpretazione estensiva tale da renderla cogente anche per il settore dei lavori pubblici.

5. (í)

Dalle considerazioni svolte segue che,

1) Ove non diversamente pattuito, l'art. 1194 c.c. si applica in caso di ritardo nei pagamenti da parte delle stazioni appaltanti con la conseguenza che gli stessi non possano essere imputati al capitale senza il consenso del creditore e che il pagamento fatto in conto di capitale ed interessi debba essere imputato prima agli interessi;

2) La disciplina in materia di ritardati pagamenti contenuta nell'art. 26 della legge 109/94 e s.m.i. e negli artt. 29 e 30 del D.M. 145/2000 copre ogni ipotesi di conseguente danno in concreto derivato e può essere validamente opposta ad ogni ulteriore pretesa risarcitoria;

3) l'art. 13, comma 3.2, del D.L. 28 febbraio 1983 n. 55, convertito con legge 26 aprile 1983 n. 131, in quanto norma derogatoria al generale principio della responsabilità patrimoniale del soggetto che incorre nel ritardo a corrispondere il pagamento, non è applicabile, mediante interpretazione estensiva, al settore dei lavori pubblici.ö

⁴⁷ Trib. Milano Sez. VII, 15 dicembre 2003.

⁴⁸ Cfr. sul tema cfr: A. Cancrini, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, cap. VIII, in *I Contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di C. Franchini, *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, UTET, I, 2007, pp. 546 e ss.; A. Cancrini, V. Capuzza, *Lezioni di Legislazione delle opere pubbliche*, ed.

sospensione compete solo all'amministrazione appaltante, in quanto l'appaltatore per nessun motivo può interrompere l'esecuzione dell'opera o rallentarne l'andamento, sussistendo in capo allo stesso l'obbligo generale di eseguire i lavori in via continuativa fino alla relativa ultimazione.

La sospensione è legittima o illegittima a seconda della causa che ne sta alla base.

In particolare, secondo la normativa generale in materia di lavori pubblici, due sono le ipotesi di legittima sospensione: 1) per circostanze speciali quali la forza maggiore e le condizioni climatologiche (ex art. 30, comma 1 del d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063 e, ai sensi dell'attuale normativa, ex art. 133, comma 1 del d.p.r. n. 554/99), che consistono appunto in speciali fattori esterni che impediscono l'esecuzione o la realizzazione delle opere a regola d'arte; 2) per ragioni di pubblico interesse e necessità (ex art. 30, comma 2 del d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063 e, ai sensi dell'attuale normativa, ex art. 133, comma 2 del d.p.r. n. 554/99).

Al di fuori delle ipotesi sopra indicate la sospensione è illegittima (art. 25, comma 1 del d.m. n. 145/2000).

La sospensione è illegittima e dà luogo comunque al diritto dell'appaltatore al risarcimento del danno ove si dimostri o sia certo che la stessa sospensione dipende da fatto imputabile a colpa dell'amministrazione.

La legittimità o meno della sospensione deve essere accertata sulla base di una valutazione delle cause che obiettivamente l'hanno determinata, a nulla rilevando la motivazione formale adottata dall'amministrazione al relativo provvedimento. In altri termini, l'amministrazione non può dissimulare le proprie inadempienze adducendo *sic et simpliciter* la sussistenza di una causa di forza maggiore o di pubblico interesse.

In tutte le ipotesi in cui la sospensione è determinata da responsabilità della stazione appaltante, essa è illegittima *ab origine* e determina il diritto dell'appaltatore al risarcimento del danno dal momento in cui ha avuto inizio.

Tornando alle ipotesi di sospensione legittima, si è detto che esse sono quelle determinate: 1) da cause di forza maggiore; 2) da ragioni di pubblico interesse o necessità.

In linea generale, le ipotesi di cui al punto 1) sono tutte riconducibili al concetto di matrice civilistica di "forza maggiore", in quanto deve trattarsi di circostanze di carattere oggettivo, nel senso che prescindono dalla responsabilità della stazione appaltante (o dell'appaltatore), imprevedute e imprevedibili e comunque inevitabili anche con la dovuta diligenza professionale.

Aracne, Roma, 2009, pp. 393 e ss.; A. Cianflone, *L'Appalto*, op. cit. pp. 853 e ss.; P. Carbone, *La disciplina della sospensione dei lavori nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e nel d.m. 19 aprile 2000, n. 145*, in *Riv. Trim.Appalti*, 2002, 413; M. Mazzone ó L. Loria, *Manuale*, op. cit., pp. 550 e ss.

Nella vigente normativa di cui all'art. 24, comma 1 del d.m. n. 145/2000 è anche precisato che tra le circostanze speciali che legittimano la sospensione dei lavori è altresì inclusa l'ipotesi in cui la relativa esigenza sia determinata dalla necessità di redigere una perizia di variante per i motivi di carattere oggettivo di cui all'art. 142, c. 1 lett. a), b), c), d) del Codice (è abrogato art. 25, c. 1 lett. a), b), b) - bis e c) della l.n.109/94 e s.m.i. (sopravvenute disposizioni legislative, cause imprevedibili sopravvenute, possibilità di utilizzare ó senza maggiore spesa - materiali migliori o nuove tecnologie, cause di natura geologica, idrica e simili non prevedibili al momento del contratto).

Deve dunque trattarsi di varianti originate da eventi imprevedibili, posto che, al contrario, sussisterebbe l'ipotesi di errore progettuale e, quindi, la sospensione sarebbe illegittima.

Peraltro, allorché l'amministrazione, nella redazione e nell'approvazione della perizia, superi i tempi tecnici ragionevolmente necessari, la sospensione, originariamente legittima ó in quanto riconducibile a causa di forza maggiore ó diverrebbe illegittima.

In presenza delle circostanze di carattere speciale come sopra definite, la sospensione dei lavori costituisce un obbligo della stazione appaltante e determina il diritto dell'appaltatore al differimento del termine contrattuale per un periodo corrispondente al ritardo prodotto dalla causa a lui non imputabile.

Per converso, secondo quanto previsto dall'art. 30, comma 3 del d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063 e, oggi, dall'art. 24, comma 5 del d.m. n. 145/2000 per la sospensione dei lavori legittima, in quanto fondata su causa di forza maggiore e dunque per fatto non riconducibile a colpa della stazione appaltante, all'appaltatore non compete alcun compenso o indennizzo.

Peraltro, in linea di principio, in presenza di una sospensione legittima, l'appaltatore resta vincolato al contratto nel senso che deve necessariamente attendere la cessazione della causa di forza maggiore e, dunque, la ripresa dei lavori.

Per quanto concerne la sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o necessità, si osserva che tale ipotesi, a differenza di quella determinata da forza maggiore, non si ricollega all'obiettivo impossibilità di eseguire le opere, bensì alla valutazione discrezionale del responsabile del procedimento della maggiore convenienza, in termini di pubblico interesse o necessità, di sospendere i lavori piuttosto che di proseguirli.

Resta fermo che, in tal caso, la legittimità della sospensione è strettamente correlata al corretto esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione. Dunque, la sospensione per "pubblico interesse" è un provvedimento discrezionale del responsabile del procedimento, soggetto ad impugnazione (per vizi di legittimità) da parte dell'appaltatore.

Per quanto riguarda la durata della sospensione, esiste una disciplina diversa a seconda che la causa sia: di forza maggiore ovvero di pubblico interesse o necessità.

Mentre la sospensione per cause di forza maggiore può avere durata indeterminata o per tutto il tempo cioè in cui permangono le cause ostative alla ripresa - e non dà luogo al diritto dell'appaltatore di recedere dal contratto o ad indennizzi o compensi di sorta, fatto salvo quanto previsto oggi dall'art.24, comma 3 del d.m. n. 145/2000, la sospensione dei lavori per pubblico interesse è soggetta a limiti temporali prefissati, superati i quali l'appaltatore ha facoltà di chiedere all'amministrazione l'assenso alla risoluzione consensuale del contratto.

Tale principio, come accennato, è sancito dall'art. 24, comma 4 del d.m. n. 145/2000 (che in ciò ricalca esattamente quanto disposto dall'art. 30, comma 2 secondo periodo del d.p.r. n. 1063/1962) secondo cui, qualora la sospensione o, se più di una, le sospensioni complessivamente considerate superino sei mesi o comunque un quarto del tempo contrattuale, l'appaltatore può chiedere la risoluzione del contratto. Come accennato, l'assenso dell'amministrazione alla risoluzione contrattuale esclude il diritto dell'appaltatore a qualsiasi forma di risarcimento del danno.

Al contrario, se l'amministrazione nega il suo assenso, l'appaltatore avrà diritto al ristoro dei maggiori oneri e danni per il periodo eccedente i suddetti termini. Il risarcimento spettante all'appaltatore in siffatta ipotesi, secondo quanto espressamente previsto dalla disposizione in parola, include solo il ristoro dei maggiori oneri (spese generali variabili, spese per il personale, mancato ammortamento, premi fideiussori ecc.).

La richiesta di risoluzione del contratto sembrerebbe integrare una vera e propria condizione per la sussistenza del diritto dell'appaltatore al ristoro dei maggiori oneri.

Pertanto, la disposizione in parola, nel subordinare alla suddetta condizione il diritto dell'appaltatore al ristoro dei danni, integra una norma di carattere eccezionale, che dunque non è suscettibile di applicazione in via analogica o estensiva al diverso caso di sospensione originata da cause di forza maggiore.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi di sospensione per forza maggiore che si protragga oltre il tempo strettamente necessario, va rilevata una diversa regolamentazione di ciò nel d.p.r. n. 1063/1962 rispetto a quanto previsto nel d.m. 145/2000.

Secondo quest'ultima normativa, la sospensione dei lavori da originariamente legittima (in quanto causata da forza maggiore) può divenire illegittima a seguito di comportamenti colpevoli dell'amministrazione, quali la mancata disposizione della ripresa dei lavori nonostante la cessazione della causa di forza maggiore ovvero la eccessiva durata della sospensione disposta per l'adozione di una variante il cui iter si sia prolungato oltre i tempi tecnici necessari.

Nell'ipotesi in cui la stazione appaltante, pur essendo cessate le cause di forza maggiore legittimanti la sospensione, non disponga la ripresa dei lavori, l'impresa esecutrice (ex art. 24, comma 3 del d.m. n. 145/2000) può diffidare la stazione appaltante alla ripresa e chiedere il risarcimento dei danni da sospensione per il periodo intercorrente tra la cessazione della causa della sospensione stessa e il verbale di ripresa.

In tale ultima ipotesi, il diritto al ristoro del danno subito, secondo quanto previsto espressamente dall'art. 24, comma 3, del d.m. n. 145/2000 è subordinato alla duplice condizione che l'appaltatore abbia diffidato formalmente la stazione appaltante alla ripresa dei lavori e abbia, poi, iscritto relativa riserva sul verbale di ripresa.

Lo stesso dicasi nell'ipotesi in cui la durata oltre i tempi tecnici della sospensione disposta per la necessità di adottare una variante sia correlata al comportamento negligente della stazione appaltante.

L'articolo 30 del d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063 nulla prevedeva né in relazione all'ipotesi di protrazione della sospensione oltre la data di cessazione delle cause di forza maggiore, né in relazione alla protrazione della sospensione oltre i tempi tecnici per l'adozione di varianti progettuali.

Tale norma, infatti, si limita a disciplinare unicamente l'ipotesi di protrazione della sospensione per ragioni di pubblico interesse o necessità oltre la tempistica ivi prevista, stabilendo che qualora la sospensione avesse durata più lunga, l'appaltatore può chiedere lo scioglimento del contratto senza indennità; se l'Amministrazione si oppone allo scioglimento l'appaltatore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini, con la conseguenza che nel caso di sospensione dei lavori disposta per cause di forza maggiore o altre circostanze speciali, la normativa di cui al d.p.r. n. 1063/1964 non solo considera la ritardata ripresa dei lavori sempre e comunque illegittima, ma neanche prevede particolari oneri o incombenzi per l'appaltatore che, quindi, ha diritto al ristoro dei danni patiti indipendentemente da una preventiva diffida.

Ciò significa che, cessate le cause di forza maggiore, la ritardata ripresa dei lavori da parte della stazione appaltante rappresenta a tutti gli effetti una sospensione illegittima, che in quanto tale determina l'obbligo per l'ente appaltante di ristorare i danni da ciò derivanti all'appaltatore.

A favore dell'appaltatore le voci sono:

a) mancata e/o ritardata percezione dell'utile: *“In caso di fermo od anomalo andamento dei lavori, l'appaltatore ha diritto alla rifusione del c.d. mancato utile, atteso che, ove la sospensione o il rallentamento dei lavori fossero mancati, l'impresa, secondo ragionevole previsione avrebbe*

*realizzato utili impiegando capitali e mezzi in altri nuovi appalti.*⁴⁹

b) Il ridotto e/o mancato ammortamento di attrezzature e mezzi.

L'organizzazione che l'appaltatore predispone in vista e nel corso dell'esecuzione di un appalto di opere pubbliche si compone anche, come è ovvio, di attrezzature mezzi e macchinari necessari per dare proficuamente inizio alle lavorazioni e per eseguirle.

Il blocco (e/o il rallentamento) della produzione determina come conseguenza che l'appaltatore avesse comunque sopportato improduttivamente (in tutto o in parte) gli oneri connessi alle attrezzature, mezzi d'opera e macchinari presenti in cantiere ovvero vincolati alla esecuzione di quel contratto. Con riferimento poi agli oneri per fermo macchinari e mezzi d'opera è stato più volte affermato che l'improduttivo mantenimento dell'organizzazione imprenditoriale a disposizione ed in attesa che la stazione appaltante disponga la ripresa o l'avvio dei lavori è causa di maggiori oneri non riversabili sulla parte che non vi ha dato causa. Il danno relativo al costo di ammortamento dei mezzi inutilmente sopportato nei periodi di fermo poi, in assenza di indici più precisi, può essere valutato anche in via presuntiva ed equitativa ricorrendo alle apposite tabelle di riferimento. In conclusione, data in via teorica l'imputabilità all'amministrazione delle cause di prolungamento dei tempi contrattuali, un'impresa ha diritto alla liquidazione del danno subito per l'immobilizzo dei macchinari e degli impianti, mentre per quel che riguarda la prova del danno, essa deve essere acquisita *per tabulas*, stante la sua riconducibilità alle tabelle revisionali di cui al D.M. 11.12.1978.

Il risarcimento del danno patito dall'appaltatore in ragione dell'improduttivo vincolo dei macchinari e delle attrezzature impiegate sul cantiere è costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza⁵⁰ affermandosi la piena risarcibilità del danno derivante dal mancato utilizzo dei macchinari la cui quantificazione deve essere effettuata tenendo conto del valore di acquisto dei macchinari e del coefficiente di ammortamento, da cui è stato determinato un

⁴⁹ *ex multis* cfr Coll.Arb., Lodo 27.01.1999, in A.g.o.p./2001, pag.843; Coll. Arb., Lodo 8 febbraio 2002, in A.g.o.p. /2002, pag.148

⁵⁰ Coll.Arb., Lodo 2.3.1999 n.15, in A.g.o.p./2001., pag.25; Coll.Arb., Lodo 9.3/20.4.1999 n.17, in A.g.o.p./2001, pag.39; Coll.Arb., Lodo 14.9.2001, in A.g.o.p./2002, pag.125.

valore giornaliero da moltiplicare per i giorni di ridotta produttività.⁵¹

- c) Danno per improduttivo vincolo del personale di cantiere, il rallentamento e/o la sospensione della produzione che possono essere conseguenze che l'appaltatore deve sopportare improduttivamente gli oneri connessi al personale impegnato.
- d) Maggior vincolo delle polizze. È chiaro che per effetto dell'anomalo andamento dell'appalto e del conseguente prolungamento del tempo contrattuale, l'appaltatore è costretto a sostenere maggiori oneri a titolo di pagamento dei premi di fideiussione che in caso di regolare svolgimento dei lavori non avrebbe, invece, sofferto.

Sia nel caso di sospensione determinata da causa di forza maggiore, sia nel caso di sospensione determinata da fatto imputabile alla stazione appaltante, la stessa stazione appaltante deve, senza alcuna possibilità di apprezzamento discrezionale, concedere un termine suppletivo commisurato al ritardo.

Sul piano normativo tale principio è sancito dall'art. 24, comma 6 del d.m.l.p. n. 145/2000 che, appunto, prevede: «in ogni caso, e salvo che la sospensione non sia dovuta a cause attribuibili all'appaltatore, la sua durata non è calcolata nel tempo fissato dal contratto per l'esecuzione dei lavori».

Dalla stessa disposizione, peraltro, si evince che in ipotesi di sospensione totale, il termine suppletivo da concedere all'appaltatore deve essere pari al numero dei giorni residui alla scadenza del termine contrattualmente previsto per l'ultimazione dei lavori, al momento della sospensione.

In altri termini, la sospensione dei lavori, sotto il profilo temporale, implica semplicemente la sospensione del termine per l'ultimazione dei lavori fissato nel contratto d'appalto, termine che, dunque, riprenderà a decorrere dal momento della ripresa dei lavori.

Per quanto concerne l'ipotesi di sospensione parziale dei lavori, il successivo comma 7 della stessa disposizione di cui all'art. 24 del d.m.l.p. n. 145/2000 indica il criterio da seguire ai fini del computo del termine suppletivo da concedere all'appaltatore, disponendo: «*alla sospensione parziale dei lavori ai sensi dell'articolo 133, comma 7, del regolamento, si applicano i commi 1, 2 e 5; essa determina altresì il differimento dei termini contrattuali pari ad un numero di giorni determinato dal prodotto dei giorni di sospensione per il rapporto tra ammontare dei lavori non eseguiti per effetto della sospensione parziale e l'importo totale dei lavori previsto nello stesso periodo secondo il programma dei lavori redatto dall'impresa.*».

⁵¹ cfr. Coll.Arb.23.3.2001, in A.g.o.p./2002, pag. 15.

Dunque, nell'ipotesi di sospensione parziale, il calcolo del termine suppletivo deve comunque fare riferimento alla tempistica preventivata dall'appaltatore relativamente alle specifiche lavorazioni interessate dalla sospensione e cioè al c.d. cronoprogramma.

8.1. Il rifiuto di un appaltatore di riprendere i lavori, a seguito di una sospensione dei lavori, ove i fondi stanziati per l'appalto risultino perenti.

La perenzione amministrativa, comporta che le somme stanziati nel Bilancio dello Stato ed impegnate, in seguito a gara pubblica, che non vengano spese dalle Amministrazioni Pubbliche entro un certo periodo di tempo diventano indisponibili.

La finanziaria per il 2008 (L.244/2007, art. 3 commi 36-38) è stato ridotto il termine della perenzione da 7 a 3 anni, di conseguenza tutti i fondi stanziati da più di 3 anni sono considerati perenti.

L'art. 1460 c.c., risulta applicabile alle ipotesi di prestazioni da compiersi in momenti differenti, come nel caso dell'appalto e sancisce che *«nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede»*.

È evidente che in presenza di una situazione di perenzione, risulti probabile l'inadempimento della Stazione Appaltante in assenza di un impegno diretto da parte dell'amministrazione a corrispondere quanto dovuto all'appaltatore.

Come detto, la norma non appare applicabile esclusivamente ad ipotesi nelle quali le prestazioni sono contestuali ma anche ad ipotesi in cui una delle due prestazioni vada eseguita in un secondo momento ma il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere o il suo inadempimento appaia probabile (Cass., 28 novembre 1984, n. 6196; Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2006, p. 1026).

La giurisprudenza ha, infatti chiarito che *«Il rimedio previsto dall'art. 1460 c.c. presuppone la simultaneità delle prestazioni, per cui, qualora siano stabiliti termini diversi, non può avvalersene la parte tenuta per prima, attesa l'inesistenza di un inadempimento dell'altra su cui fondare il potere di rifiutare la propria prestazione, e neppure la parte tenuta per seconda, stante l'inesigibilità della prestazione da lei dovuta in funzione dell'inattuazione del sinallagma. Il rimedio è nondimeno accordato alla parte tenuta per prima allorché la parte tenuta per seconda abbia preventivamente dichiarato di non volere adempiere o risulti certo o fortemente probabile*

l'eventualità del suo inadempimento (Cass. 28 novembre 1984 n. 6196), con il risultato di ampliare la portata dell'art. 1460 c.c. al fine di non lasciare prive di tutela situazioni che ne sono meritevoli (Cass., Sez. III, 14/03/2003, n. 3787) e che "è vero che l'"exceptio inadimpleti contractus", prevista dall'art. 1460 c.c., per i contratti a prestazioni corrispettive, funziona principalmente nel caso in cui le due prestazioni, reciprocamente dovute dai contraenti, siano contemporanee, è anche vero che una costante elaborazione giurisprudenziale ha riconosciuto che, nel caso in cui i termini per l'adempimento siano diversi per i due contraenti, il principio anzidetto riprende vigore solo quando le condizioni di uno dei contraenti medesimi siano divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della prestazione. In quest'ultimo caso il contraente "in bonis" può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta fino a quando la controparte non appresti la garanzia idonea per l'adempimento della sua prestazione.

È stato affermato, al riguardo, che l'eccezione menzionata, la quale in via generale presuppone che le reciproche prestazioni siano contemporaneamente dovute, è opponibile anche alla parte che debba adempiere entro un termine diverso e successivo, a fronte di un evidente pericolo di perdere la controprestazione, avendo essa già dimostrato di non essere in grado di provvedere ai propri obblighi (Cass. 28 novembre 1984, n. 6195; Cass. 4 aprile 1979, n. 1950)ö.⁵²

Se l'inadempimento da parte della stazione appaltante possa apparire probabile, stante la perenzione delle somme, di conseguenza il creditore può decidere di interrompere la propria prestazione in attesa di una comunicazione formale da parte del debitore che attesti il reperimento dei fondi necessari ad attuare la propria controprestazione.

Sotto altro profilo però si deve dare atto che l'art. 133 del Codice dei Contratti sancisce che *in caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti e alla rata di saldo rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal contratto, che non devono comunque superare quelli fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministro delle infrastrutture e del trasporto, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ferma restando la sua facoltà, trascorsi i termini di cui sopra o, nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto, per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale, di agire ai sensi dell'articolo 1460 del codice civile, ovvero, previa costituzione in mora dell'amministrazione aggiudicatrice e trascorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere il giudizio arbitrale per la dichiarazione di risoluzione del contrattoö.*

⁵² Cass., Sez. II, 09/06/1993, n. 6441.

Al riguardo la giurisprudenza⁵³ ha chiarito che la possibilità di rifiutare l'esecuzione non sussiste quando l'inadempimento dell'altro contraente non sia grave e, pertanto, perché l'appaltatore possa legittimamente sospendere i lavori è necessario che l'inadempimento della stazione appaltante abbia i caratteri distintivi della gravità.

Di conseguenza occorre procedere alla valutazione comparativa del comportamento dei contraenti con riferimento non solo all'elemento cronologico, ma altresì ai rapporti di causalità e di proporzionalità delle stesse rispetto alla funzione economica o sociale del contratto, in modo da stabilire se effettivamente il comportamento di una parte giustifichi il rifiuto dell'altra di eseguire la prestazione dovuta, tenuto presente il principio che, quando l'inadempimento di una parte non sia grave, il rifiuto dell'altra non è di buona fede e quindi non è giustificato.

Ciò significa che la facoltà di sospendere i lavori, ai sensi dell'art.1460 c.c. sussiste esclusivamente nei casi in cui l'importo degli stati di avanzamento non tempestivamente corrisposti e dei relativi interessi maturati abbia un peso economico oggettivamente rilevante e significativo nell'economia dell'intero appalto anche in rapporto alle difficoltà che tale circostanza può determinare nella gestione dei lavori.

Mentre il carattere di gravità sussiste quando i ritardi nei pagamenti di acconti nel loro complesso superino di un quarto l'importo netto contrattuale, non è detto che sussista nel ritardo del pagamento di una singola rata di acconto ovvero vi possa essere solo una potenzialità di inadempimento (data, ad esempio, dalla perenzione dei fondi stanziati).

Infatti, nel primo caso la gravità dell'inadempimento è in *õre ipsa* e, quindi, l'appaltatore potrebbe opporre l'eccezione di inadempimento sospendendo i lavori senza dover procedere ad alcuna valutazione circa la gravità dell'inadempimento da parte dell'amministrazione appaltante.

Nel secondo caso, invece, detta gravità va verificata di volta in volta tenendo conto di tutte le circostanze del caso e perciò l'eccezione di inadempimento non è esercitabile automaticamente al semplice verificarsi del ritardo nel pagamento di un acconto o della possibilità di un futuro inadempimento, ma soltanto quando l'inadempimento della stazione appaltante assuma quel carattere di gravità richiesto dall'art. 1460 cod. civ.

In definitiva la valutazione sull'oggettiva gravità dell'inadempimento da parte della pubblica amministrazione, che legittima, o meno, l'eventuale eccezione opposta dall'appaltatore è rimessa al giudice civile che dovrà anche accertare se il comportamento dell'appaltatore è improntato o meno alla buona fede.

Identico ragionamento può essere fatto con riguardo all'art 1461 c.c., a mente del quale *õciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni*

⁵³ Cass. 21/2/1986, n.1048.

patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia.

È bene, infatti, rimarcare che la *ratio* di entrambe le norme (1460 e 1461 c.c.) è quella di prevenire i danni dei futuri inadempimenti della parte che avrebbe l'onere di offrire la propria prestazione.

In altre parole le norme prevedono, nel generale contesto dell'autotutela della parte, una tutela contro il rischio di inadempimento della controparte e anche se l'inadempimento debba avvenire in un momento successivo.⁵⁴

Anche in tal caso, però, la legittimità della sospensione è rimessa ad una valutazione discrezionale da parte del giudice e, nella specie, si può dubitare della gravità (attuale) dell'inadempimento della Pubblica Amministrazione.

Fermo restando quanto sopra esposto, in ogni caso, la giurisprudenza ha chiarito che la perenzione dei fondi destinati al pagamento delle somme dovute per l'esecuzione di un'opera pubblica non costituisce causa giustificativa del ritardo nei pagamenti da parte dell'amministrazione.

La perenzione, infatti, risulta determinata da un'errata programmazione della disponibilità delle somme occorrenti per far fronte alle scadenze contrattuali preventivamente stabilite e quindi dipende da un fatto imputabile alla p.a..⁵⁵

Di conseguenza, seppure non appare legittima l'interruzione delle lavorazioni, dato che per riutilizzare i fondi dichiarati perenti occorre un complesso iter burocratico che comporta l'avvenuta reinscrizione in bilancio delle somme dichiarate perente, emergerebbe comunque una responsabilità della committenza se vi fossero eventuali ritardati pagamenti dovuti a tale effetto.

Infatti, dato che la perenzione dei fondi è conseguenza di una insufficiente programmazione della spesa da parte della P.A., ciò che rileva ai fini della responsabilità del debitore non è tanto il trascorrere del tempo collegato alla procedura di riaccredito dei fondi, quanto il fatto di avere dato luogo ad una situazione di temporanea impossibilità di spesa per carenza di fondi, a causa di una erronea programmazione di disponibilità di somme di denaro in relazione alle scadenze contrattuali preventivamente pattuite e conosciute da parte della stazione appaltante debitrice.

Di conseguenza sul ritardato pagamento dovuto all'avvenuta perenzione delle somme dovranno essere conteggiati gli interessi nonché, ove provato, il maggior danno (ad esempio, derivante dall'accesso al credito bancario).

⁵⁴ Cass., Sez. III, 14/03/2003, n. 3787; Cass., Sez. II, 09/06/1993, n. 6441, cit.

⁵⁵ Cons. Stato Sez. II, 05-07-1995, n. 1578.

In sintesi:

- l'eccezione di inadempimento, e di conseguenza l'interruzione delle lavorazioni, può essere proposta unicamente in presenza di un grave inadempimento;
- l'avvenuta perenzione delle somma non costituisce, attualmente, un inadempimento della stazione appaltante;
- l'interruzione delle lavorazioni potrebbe, pertanto, essere qualificato come inadempimento dell'appaltatore;
- il ritardo sui pagamenti dovuto alla necessità di stanziare nuovamente somme per il pagamento del corrispettivo può essere qualificato come inadempimento e consente al creditore di richiedere gli interessi ed il maggior danno (ove provato).

9. Risoluzione.

Dato il rilievo attribuibile all'atto di risoluzione di un contratto d'appalto, il legislatore ha dettato in materia di lavori pubblici un'attenta disciplina al fine di individuare le cause che possono legittimamente determinare la fine di un rapporto contrattuale di lavori pubblici.⁵⁶

A tale riguardo, occorre premettere che uno dei principi fondamentali del diritto privato è costituito dal c.d. divieto dell'autotutela. Questo divieto agisce nel senso che, tra i privati, il titolare di una pretesa non può conseguire la sua realizzazione se non dopo averla fatta riconoscere dall'autorità giudiziaria e nel senso che, ove si tratti di una prestazione di carattere materiale, egli non può agire direttamente per la esecuzione coattiva, ma deve procedervi solo a mezzo degli organi a ciò preposti e previa sentenza di condanna.

Senonché, nel settore dei lavori pubblici dapprima gli artt. 118 e 119 del d.p.r. n. 554/99, poi gli artt. 135 e 136 del Codice sono intervenuti sull'argomento disciplinando in modo autonomo le ipotesi (di reati accertati, grave inadempimento, grave irregolarità o grave ritardo) che possono condurre alla risoluzione del contratto per fatto imputabile all'appaltatore, e le stesse modalità con cui agire per la risoluzione del contratto.

La pronuncia di risoluzione, l'esecuzione di ufficio, il riappalto in danno rappresentano tutte forme di autotutela, di che, alcune, in via dichiarativa e, altre, in via di esecuzione coattiva, incidono su di un rapporto di diritto privato e ciò in deroga al divieto di autotutela che in linea generale varrebbe anche per la pubblica amministrazione.

⁵⁶ Cfr. sul tema cfr.: A. Cancrini, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, cap. VIII, in *I Contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di C. Franchini, *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, UTET, I, 2007, pp. 555 e ss.; A. Cancrini, V. Capuzza, *Lezioni di Legislazione delle opere pubbliche*, ed. Aracne, Roma, 2009, pp. 403 e ss.

Il principio di autotutela è infatti connaturale alla pubblica amministrazione solo rispetto ai rapporti di diritto pubblico, mentre, rispetto ai rapporti di diritto privato, è inteso come mezzo eccezionale e soltanto un'espressa norma di legge può accordarlo e prevederlo.

Più nello specifico, la risoluzione prevista dall'art. 135 del Codice si pone in linea con quelli che erano già gli elementi delineati precedentemente con l'art. 340 della l.n. 2248/1865.

Tale norma è stata intesa dal legislatore come diretta ad individuare e tipizzare le fattispecie sulla base delle quali il responsabile del procedimento possa valutare discrezionalmente l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto.

Il presupposto per tale valutazione deve essere necessariamente l'emissione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una misura di prevenzione nei confronti di quei soggetti che possono essere definiti pericolosi per la sicurezza e per la pubblica moralità ex art. 3 della l. n. 1423 del 1956, o per il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna per frodi nei riguardi dei soggetti coinvolti direttamente nei lavori o dei soggetti comunque interessati ai lavori o per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro.

Riguardo alla disciplina previgente si può notare come la volontà del legislatore sia stata quella di restringere quello che era il precedente ambito applicativo dell'istituto; infatti considerando la previgente disciplina, era sufficiente per poter ricadere in tale ipotesi normativa il fatto che sussistesse un evento che potesse semplicemente dar luogo ad un procedimento per frode; cosa che si differenzia profondamente rispetto alle attuali previsioni normative secondo cui invece è assolutamente necessario che sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato.

Pertanto, come chiaramente emerge dall'attuale disciplina, il legislatore ha inteso posticipare il momento di tutela imponendo che si possa procedere con la risoluzione del contratto ex art. 135 cit. soltanto nell'ipotesi in cui sussista un reato già definitivamente accertato, con sentenza passata in giudicato. Ma è bene scendere un po' di più nel particolare della prescrizione contenuta nell'art. 135.

È un articolo che rispetto all'abrogato art. 118 del DPR n. 554/99 presenta modifiche che lo rendono più preciso ed aggiunte che lo rendono più ampio.

Il D.Lgs. n. 113/07 opera due in due tempi gli interventi modificativi sul testo dell'articolo.

Con l'art. 1, comma 1 lett. p) restringe la valutazione del responsabile del procedimento: l'attuale formulazione stabilisce che egli "propone" (indicativo che, come è noto, in legge vale imperativo) alla stazione appaltante di procedere alla risoluzione, qualora avvenga una delle situazioni descritte nel comma 1 dell'art. 135. Ma, come dato che di poco fa spostare la facoltà in obbligo, rimane l'espressione "in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento".

Pertanto, si assiste con la novella qui operata dal II Decreto correttivo al restringimento della <valutazione dell'opportunità> all'obbligo di proporre la risoluzione se si è in presenza di una delle situazioni indicate dal comma 1, fermo restando, però, che il tutto deve sempre essere preventivamente giudicato dal responsabile del procedimento in relazione allo stato dei lavori ed alle conseguenze eventuali. Solo a seguito di tale giudizio, sembra allora potersi affermare che il responsabile del procedimento dovrà (e non più potrà) proporre la risoluzione alla stazione appaltante.

Il secondo intervento del D.Lgs. n. 113/07 sull'art. 135 del Codice è operato dall'art. 3, comma 1 lett. i), ove al n. 2) è previsto l'inserimento oltre alle misure di prevenzione personali indicate dalla L. n. 1423/56 all'art. 3, anche le misure previste dalla legge n. 575/1965, agli artt. 2 e seguenti. Con tale modifica vengono a rilevare ai fini di quanto sancito nell'art. 135 del Codice anche quelle misure che, in materia di antimafia possono essere poste a base dell'informatica prefettizia come documenti da cui desumere tentativi di infiltrazione mafiosa.

Il n.1) della lett. i), comma 3 del D.Lgs. n. 113/07 modifica, ampliandola, la rubrica dell'art. 135: si aggiunge l'antititolazione in forza della nuova previsione contenuta nel comma 1-bis (inserito dal n. 3) della lett. i) dell'art. 3 del II Decreto correttivo).

Fra le ipotesi di risoluzione è stavolta la risoluzione avviene senza dubbio al verificarsi di quanto espresso da comma 1-bis - viene ad essere prevista espressamente quella in cui sia intervenuta a monte la revoca è risultante dal casellario informatico - dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o aver dichiarato con mendacio.

Il riferimento alla revoca dell'attestazione è all'art. 40, comma 9-ter così come novellato dal D.Lgs. n. 113/07.

Il successivo art. 136 del Codice, che disciplina l'ipotesi di risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo, deve essere considerato come uno strumento di autotutela disposto a favore della Pubblica Amministrazione, in aggiunta agli ordinari poteri previsti dalla disciplina privatistica.

Tale disposizione normativa prevede, come presupposto, il fatto che sia individuato un grave inadempimento idoneo a compromettere la buona riuscita dell'opera.

L'art. 136 del Codice sotto il profilo procedurale prevede che il direttore dei lavori, che abbia accertato un grave inadempimento dell'appaltatore capace di compromettere la buona riuscita dei lavori, dovrà inviare al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore.

La norma in esame è diretta a mettere il responsabile del procedimento in condizione di effettuare l'analisi dei costi-benefici per decidere se promuovere o meno la risoluzione del contratto.

Nelle ipotesi indicate dalla normativa in esame emerge come il legislatore abbia voluto che fosse eseguita, in materia di appalti pubblici, una valutazione *ex ante* e in astratto sull'interesse all'adempimento, visto che il fine ultimo dei contratti di lavori pubblici è quello di assicurare la buona riuscita dei lavori.

La disciplina, tuttavia, pur nella genericità espositiva sulla definizione di inadempimento grave, ha altresì stabilito che deve necessariamente sussistere uno stretto legame tra quello che è il concetto di gravità e quello dell'adoneità a compromettere la buona riuscita dei lavori.

Pur nell'ampiezza del valore interpretativo che si può attribuire al termine inadempimento o il quale può comprendere un numero piuttosto ampio di ipotesi identificative o esso va inteso nell'accezione più restrittiva derivante dall'aggiunta dell'aggettivo grave.

Dal lato dell'appaltatore, il quadro giuridico di riferimento circa la risoluzione contrattuale non sarà rappresentato dall'art. 136 del D.Lgs. n. 163/06, bensì dai precetti civilistici contenuti nel codice civile.

In particolare, a fronte di un inadempimento posto in essere dalla Committente, l'appaltatore potrà ottenere la risoluzione di diritto, previa denuncia nella diffida e in presenza chiaramente di una gravità tale da rivestire le caratteristiche di cui all'art. 1455 c.c. rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1454 c.c..

Potrà essere comunque accertata e dichiarata in via giurisdizionale la risoluzione del contratto d'appalto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1453 c.c.

Quanto agli effetti dell'inadempimento, investendo la declaratoria di risoluzione del contratto d'appalto l'intero negozio, retroattivamente, dovrà essere accertato e dichiarato il diritto della stessa alla corresponsione del valore venale delle opere realizzate. Infatti, per costante orientamento giurisprudenziale *in caso di risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento del committente, quest'ultimo, non potendo restituire l'opus parzialmente eseguito dall'appaltatore adempiente, è obbligato per l'esigenza di reintegrare la situazione patrimoniale dell'altro contraente, a corrispondergli il valore venale dell'opus predetto con riferimento al momento della pronuncia di risoluzione, nella quale l'obbligo trova la sua fonte, e non con riferimento ai prezzi contrattuali delle opere eseguite*.⁵⁷

Nel caso di risoluzione del contratto d'appalto, infatti, l'obbligo di reintegrare la situazione

⁵⁷ *ex multis* Cass. Civ., sez. I, 10.3.1992, n. 2871; Cass. Civ., sez. I, 24.5.2007, n. 12162.

patrimoniale dell'appaltatore, lesa dall'inadempimento della Stazione Appaltante, discende direttamente dalla sentenza accertativa e dichiarativa della risoluzione medesima, di modo che dovrà quanto meno essere disapplicato, e quindi restituito, l'importo corrispondente al ribasso d'asta offerto dall'appaltatore oltre agli aggiornamenti ISTAT dello stesso.